Sammlung
merkwürdiger am kaiserlichen Reichs-Kammergerichte entschiedener

Rechtsfälle

mit

ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen.

Dritter Theil.

Lemgo
in der Meyerschen Buchhandlung 1791.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Erster Rechtsfall

über die Lehre von Fideicommissis tacitis.

Innhalt.

§. 1 u. 2. Generelle Sätze.

Verfassung bey den alten Deutschen in Betreff ihrer Erb- und Stammgüter.

Die Römischen Rechte sind hierin von den Deutschen Gewohnheiten ganz verschieden. Sie machen unter bonis avitis vel hereditariis et acquisitis, weder bey der Veräußerung, noch bey der Erbfolge den geringsten Unterschied.

§. 3 — 5. Man war daher, als diese fremden Rechte in Deutschland eingeführt wurden, besorgt, hierwegen die alten deutschen Gewohnheiten beyzubehalten.

 Zuerst

Zuerst verfiel man auf die Renunciationen der Töchter. Es wurden Verträge de non alienandis bonis avitis errichtet. Man verbot in Testamenten, die Familiengüter zu veräußern, errichtete Fideicommisse.

§. 6 u. 7. Durch diese Anwendung der nur dem römischen Rechte bekannten Fideicommisse auf ursprünglich deutsche Geschäfte sind viele Irrlehren in dieser Materie entstanden. Um aber diese zu vermeiden, ist bey zweifelhaften Fällen die Entscheidung nicht von den Römern, sondern von den alten Deutschen zu holen.

§. 8 — 11. Von den verschiedenen Gattungen der deutschen Familienfideicommisse, in specie Fideicommissis expressis et tacitis.

Allgemeine Sätze, nach welchen die Frage: Ob ein Fideicommissum tacitum vorliege, oder nicht, untersucht werden muß.

§. 12 — 34. Erzählung eines neuerlichen am kaiserl. Reichskammergerichte entschiedenen Processes, worin jene vorausgeschickten allgemeinen Grundsätze ihre Anwendung fanden.

§. 35 u. 36. Nähere Beurtheilung dieses Falls, und noch weitere Ausführung über die Materie von Fideicommissis tacitis.

§. 37 — 39. Da in dem vorliegenden Testamente die Stelle vorkömmt, „daß die Erben das befragte Gut nach Möglichkeit verbessern, und zu dem Ende sich nicht unterfangen sollten, eines oder das andere davon ohne erhebliche Noth, oder augenscheinlichen Nutzen, zu verkaufen, zu versetzen, oder zu veräußern:" So scheint dies freylich ein Fideicommissum tacitum zu verrathen.

Indessen kommt alles auf die Ursache an, die den Testator zu einem solchen Verbote bewogen hat. Ist diese Bewegursache mit der Natur der Fa-

Familienfideicommisse nicht übereinstimmend, und geschieht das Verbot der Veräußerung nicht in Absicht auf die Erhaltung des Geschlechts: So kann daraus ein stillschweigendes Fideicomiß nicht erwachsen.

§. 40 u. 41. Es ist aber in dem befragten Testamente gleich nach dem Alienationsverbote eine ganz andere Bewegursache angeführt, nemlich: „Damit nach der Erblasserinn Willensmeynung das evangelisch-lutherische Kirchenwesen an dem Orte (wo das Gut gelegen) in seinem Stande verbleibe.

Diese religiöse Absicht kommt mit der profanen Natur der deutschen Familienfideicommisse nicht überein.

§. 42 — 44. Auch noch andere Stellen des Testaments, und die übrigen bey der Sache eintretenden Umstände sind der Vermuthung eines stillschweigend errichteten Fideicommisses nicht günstig.

§. 45 — 48. Sollte aber dem allem ungeachtet hier dennoch ein Fideicommiß verborgen liegen: so leidet doch die Regel, daß Fideicommisse unveräußerlich seyen, in manchen Fällen eine Ausnahme.

Specieller Bezug auf die vorliegende Sache in Ansehung der Einwilligung der dabey interessirten Theile, und in Betreff der Fideicommißschulden.

§. 49 und 50. Auch ist es noch eine Frage: In wie ferne fideicommissarische Dispositionen ihre Wirkung gegen dritte Personen haben können. Sollen sie gegen diese von Rechtskraft seyn: so dürfen keine Geheimnisse daraus gemacht werden; sonst sind sie Fallstricke, um einen Dritten unbilliger Weise um das Seinige zu bringen.

§. 51. Bey der offenbaren bona fide des Käufers würde es selbst billig seyn, die Veräußerung für gültig zu halten; sohin der Revocation nur gegen

Erstattung des Werthes Platz zu geben, wenn man sich auch wirklich von der Existenz eines Fideicommisses in der vorliegenden Sache überzeugen könnte; woran es aber durchaus mangelt.

§. 52 — 54. Noch weitere specielle Ausführung der Sache, und am Ende das den 27. Oct. 1784 ergangene kammergerichtliche Urtheil.

Generelle Sätze.

§. 1.

Um sich von den heutigen Familienfideicommissen einen gründlichen Begriff zu machen, muß man den Ursprung derselben aufsuchen, sohin auf die Zeiten zurückgehen, wo das römische Recht in Deutschland bekannt zu werden, und die alten vaterländischen Rechte allmählig zu verdringen anfing.

Der Unterschied, welchen die alten Deutschen zwischen Erb- oder Stammgütern (bonis avitis seu hereditariis) und neu erworbenen Gütern (bonis acquisitis) machten, war von wesentlichen Folgen.

Die ersterwähnten (bona avita) waren von solcher Beschaffenheit, daß sie nicht mehr in des Inhabers freyer Disposition standen, sondern dem ganzen Geschlechte gemeinsam zugehörten. Jeder von der Familie erlangte gleich von der Geburt an ein Recht darauf, wel-

welches ihm ohne seine Miteinwilligung nicht entzogen werden konnte *).

Daher war bereits in LL. Ripuariorum tit. 48, und Baivvaricorum tit. 14. c. 9. §. 3. **) verboten, Stammgüter außer dem Geschlechte zu veräußern.

Es succedirten auch hierin diejenigen nur, die vom Geschlechte des Verstorbenen und gleichen Namens und Stammes waren, auch einerley Schild und Helm führten.

Die Frauen blieben von dieser Erbschaft so lange ausgeschlossen, als von dem Mannsstamme noch jemand übrig war ***).

§. 2.

Nach den römischen Rechten war das alles ganz anders.

Die Römer hielten zwar viel auf ihre Vorfahren; daher heißt es in L. 22. Cod. de administr. tutor: „Domum vendere, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre."

Gleichwol machten ihre Gesetze unter Bonis avitis vel hereditariis, & acquisitis we-

*) Kraitmayr ad Cod. Bavar. Th. III. S. 697.
**) Georgisch Corp. jur. germ. S. 165 u. 309.
***) Kraitmayr a. a. O. S. 698.

weder bey der Veräußerung, noch bey der Erbfolge den geringsten Unterschied.

§. 3.

Als daher diese fremden Rechte in Deutschland eingeführt wurden, waren alle diejenigen, welchen die Conservation ihres Geschlechts am Herzen lag, besorgt, die alten deutschen Gewohnheiten beyzubehalten *).

Die Reichsstände bewogen sogar die Kaiser, die deutschen Rechte auf Reichstagen ausdrücklich zu bestätigen, wie solches Lehmann in Chron. Spir. L. V. c. 108 u. 119. von Rudolph von Habsburg und Adolph von Nassau erzählt.

§. 4.

Zuerst verfiel man auf die Renunciationen der Töchter, um von dieser Seite dem Mannsstamme die ausschließende Erbfolge ferner zu versichern **).

Zur Erhaltung der Stammgüter wurden Verträge de non alienandis bonis avitis errichtet, oder in Testamenten verboten, sie außer der Familie zu veräußern.

§. 5.

*) Selchow, Geschichte der in Deutschlande geltenden Rechte §. 184.

**) Selchow Elem. jur. germ. L. 4. S. 1. T. 1. §. 630.

§. 5.

Die deutschen Standespersonen, sagt Reinhard *), haben dem allenthalben einreißenden römischen Rechte so wenig Platz gegeben, daß sie vielmehr mit größter Sorgfalt bemüht gewesen sind, die alte Reichsverfassung, wenigstens bey ihren Geschlechtern, beyzubehalten. Dieses ist der Grund der fast in allen fürstlichen und gräflichen Häusern, ja auch bey vielen von der Ritterschaft vorkommenden Fideicommissen, welche eine starke Brustwehre sind, damit auch nach den römischen Gesetzen gelten könne, was nach den deutschen Rechten dergleichen besondere Verfügung gar wohl entrathen konnte.

Hanc prohibitam bonorum avitorum alienationem ICti quoque agnoverunt: solis vero juris romani principiis imbuti, patriorum jurium rationes ignorantes, anxie in eo fuerunt occupati, ut prohibitionem illam LL. peregrinis conciliarent. Cumque in Italorum subselliis didicissent, nemini rerum suarum alienationem prohiberi posse, nisi forsan fideicommisso ista alienandi facultas quodammodo restringatur, speciem illam bonorum germanico-

 rum,

*) Im 2ten Theil der juristischen Ausführungen S. 406.

rum, quam alienare non licet, fideicommissum familiae nominaverunt *).

§. 6.

Durch diese Anwendung fremder Rechte auf ursprünglich deutsche Geschäfte sind viele Irrlehren in dieser Materie entstanden **).

Um aber diese zu vermeiden (sagt Reinhard a. a. O. S. 407.) ist erforderlich, bey zweifelhaften Fällen die Entscheidung nicht von den Römern, sondern von unsern grauen Altvätern zu holen.

Gleicher Meynung ist Böhmer a. a. O. S. 407., wie auch Estor in Diss. de natura bonor. avitor. c. 2 & 3, und Cramer in den Nebenst. Th. 28. S. 2.

§. 7.

Es findet daher bey solchen Erb- und Familienverordnungen das bey den römischen Fideicommissen gewöhnliche Axioma: daß die Fideicommisse, wegen ihrer in Rechten verhaßten Natur einzuschränken seyen, keine Anwen-

---

*) Bernh. Gottl. Helfeld Diss. de fideic. famil. illustr. eorumque revocatione §. 15.

**) Boehmer Exercitat. ad ff. Tom. 2. S. 407.
Kraitmayr a. a. O.

wendung. Vielmehr sind solche nach der in Deutschlande heilig beobachteten Absicht, die Geschlechter bey gutem Wohlstande zu erhalten, zu beurtheilen, und in zweifelhaften Fällen, nach der auf Erhaltung des Stammes und Namens gerichteten Absicht, zu handhaben, und damit eher favor, als odium juris zu verknüpfen *).

§. 8.

Unter den verschiedenen Gattungen der deutschen Familienfideicommissen, die Knipschild de fideic. fam. nobil. c. 2, und Stryck de success. ab intest. p. 504. bemerken, sind für den Fall, den ich weiter unten erzählen werde, die Fideicommissa expressa & tacita besonders merkwürdig.

Fideicommissum expressum heißt, wenn es auf ausdrücklicher Declaration des Fideicommittenten beruht. Knipschild c. 6. n. 86. beschreibt solches folgendermaßen: „Verbis expressis constituitur, quando institutor nominatim disponit, hanc esse mentem suam, ut bona in sua familia ad ejus illustriorem conservationem apud masculos, exclusis faeminis, perpetuo per-

*) Cramer a. a. O., auch Tom. II. obs. 771. S. 485, ibique allegati.

permanere, nec nullo modo in exteros alienari debeant.“

§. 9.

Es ist aber nicht erforderlich, daß der Fideicommittens allemal ausdrücklich sagt, ein Fideicommiß stiften zu wollen.

Wenn er sich nur auf andere Art mit Worten oder Werken so erklärt, daß sein Vorhaben, ein Familienfideicommiß zu errichten, wahrscheinlich daraus abgenommen werden kann: so tritt der Fall eines stillschweigenden Fideicommisses ein *).

§. 10.

Bey diesen Fideicommissis tacitis (sagt Wendenschlägel de fideicommiss. famil. in defectum masculor. ad filias renunt. transmittendis c. 1. n. 21.) locum consequitur illa doctrina, quod mens testatoris verbis praedominetur, & quod voluntas ipsius etiam conjecturata in fideicommissum tamquam regina observanda sit.

Cum enim (fügt Knipschild c. 3. n. 5. hinzu) fideicommissa etiam per conjecturas relinqui possint, indeque fideicommissa ampliari, extendi & declarari solent per ratio-

*) Knipschild c. 2. n. 23.

rationem & causam, quibus disponens motus fuit, ita ut in iis ratio & causa potius, quam verba expressa attendi debeant.

§. 11.

Jedoch ist nicht jede schwankende Vermuthung zureichend, ein stillschweigendes Fideicommiß zu behaupten.

In hoc enim casu, (erinnert Stryck de conf. testam. c. 1. m. 1. §. 30.) ut recte ex circumstantiis & conjecturis fideicommissum inducatur, provide circumspiciendum de ipsis conjecturis, an sint urgentes & necessariae, vel multum probabiles. Ex his enim demum recte voluntas colligitur.

Denn so bald sich die Worte der Disposition leicht auf etwas anders ausdeuten lassen, wird es für kein Fideicommiß mehr geachtet *).

Diese vorsichtige Auslegung wird auch von Mevio **), Cramer ***) und andern anempfohlen, und ist in Fällen, wo ein Praejudicium tertii mit unterläuft, durchaus nöthig.

§. 12.

---

*) Kraitmayr a. a. O.

**) P. 7. Dec. 17.

***) Im 37. Th. der Nebenst. S. 86.

§. 12.

Nach diesen vorausgeschickten generellen Sätzen, will ich nun einen neuerlich am kaiserl. Reichskammergerichte entschiedenen Fall erzählen, worin solche ihre Anwendung fanden, und die weitere Beurtheilung sodann nach erzähltem Facto beyfügen.

Proceßgeschichte.

§. 13.

Das zur oberrheinischen Reichsritterschaft steuerbare freyadeliche Gut Hillesheim gehörte in ältern Zeiten der Familie v. Geispitzheim.

Drey Fräulein dieses Geschlechtes, Elisabeth, Mar. Louise und Mar. Amalie, besaßen dieses Gut zu Ende des vorigen Jahrhunderts gemeinsam.

Letztere ward in der Folge durch Cession und Kauf alleinige Besitzerin dieses Rittersitzes samt Zugehör.

§. 14.

Diese Mar. Amalia v. Geispitzheim vermählte sich mit Ernst Gottlieb v. Pröck, der in erster Ehe Magdalene Friderike v. Schirstadt zur Gemahlin, und mit derselben zwey Söhne, Ernst Ludwig und Carl August, erzeugt hatte.

Nach

Nach einer kurzen, aber sehr vergnügten Ehe, starb Ernst Gottlieb v. Pröck, ohne mit der zweyten Gattin Kinder zurück zu lassen.

§. 15.

Unter den Stiefsöhnen liebte die Frau Wittwe den jungen Carl August v. Pröck auszeichnend. Besonders gefiel ihr, daß er, nach ihrem Willen und Rathe, sich mit der Fräulein Alexandrine Juliane v. Denstädt verheirathete.

In einem am 14. Dec. 1705. vor sieben Zeugen errichteten Testamente verordnete daher die Frau Wittwe v. Pröck, daß ihr Stiefsohn Carl August und dessen Gemahlin ihre rechtmäßige Universalerben seyn sollten, jedoch unter dem ausdrücklichen Vorbehalte und der Erklärung.

„Daß, wo (Ersterer) der Sohn entweder vor der Frau Testirerin, oder doch vor seiner Gattin versterben sollte, und von ihnen beyderseits Leibeserben hinterblieben, sie, die Mutter, in beyden diesen Fällen sich anderst nicht dieser Erbschaft anzumaßen hätte, als in so fern sie bey dem Namen, und anderwärts unverheyrathet bleiben würde: Denn widrigenfalls, und wenn sie zu einer zweyten Ehe schritte, sollte sie nicht Macht haben, den Kindern erster Ehe etwas von dieser Verlassenschaft zu entziehen; son-

sondern es solle sodann die ganze Verlassenschaft allerdings den Kindern allein zu Theil werden, und die Mutter nicht befugt seyn, hiervon etwas in die zweyte Ehe zu bringen. Wenn sich aber ergäbe, daß in vorbeschriebenen Fällen keine Leibeserben von ihnen vorhanden wären, und die Frau Schwiegertochter allein immediate Erbe sein sollte; so bleibe ihr alsdann über diese Verlassenschaft freye Macht und Disposition. Ereigne sich aber der Fall, daß jetzt erwähnte Frau Schwiegertochter vor ihrem Gemahle sterben sollte; so sey und bleibe sodann dieser allein Erbe, und habe über die Verlassenschaft freye Disposition.

Ferner waren in dem Testamente mehrere Legate, nämlich der Frau Schwester der Erblasserin, den Armen in der Pfarrey zu Hillesheim und andern vermacht, auch verschiedenes wegen den auf dem Gute (Hillesheim) haftenden Schulden verordnet.

§. 16.

Nach diesem zu Stande gebrachten Testamente, lebte die Wittwe v. Pröck noch gegen 30 Jahre. Während dieser Zeit waren ihrem Stiefsohn ein Sohn, Carl Lebrecht, und drey Töchter, Sophie Amalie, Henriette Margarethe und Auguste Juliane, geboren worden.

Die-

Dieses bewog die Frau Wittwe v. Pröck, an ihrem Testamente einige Stellen zu ändern.

§. 17.

In dem am 22. Febr. 1733. abermal vor sieben Zeugen errichteten Testamente verordnet dieselbe:

„Daß, wie ihre vornehmste Sorge und Angelegenheit in ihrem Leben jederzeit gewesen, daß die evangelische Religion bey ihren Hillesheimischen Unterthanen erhalten und fortgepflanzt werden mögte, ihre in dem Testament dd. 14. Dec. 1705. verordnete und eingesetzte Erben und deren Nachkommen, das ihnen darin hinterlassene Gut Hillesheim, nebst den dazu gehörigen so geist- als weltlichen Rechten und Gerechtigkeiten, in ihrem gegenwärtigen Stand erhalten, auch nach Möglichkeit verbessern, zu dem Ende sich nicht unterfangen sollten, eines und das andere davon ohne erhebliche Noth, oder augenscheinlichen Nutzen zu verkaufen, zu versetzen oder zu veräußern, damit nach obbemeldter Willensmeynung das evangelisch-lutherische Kirchenwesen allezeit in seinem Stand verbleiben, und deme zuwider das mindeste nicht vorgehen möge ꝛc.“

Ferner §. 2 und 3.

Daß, wenn einst der junge Carl Lebrecht von Pröck seinen Eltern im Gute Hillesheim folgen sollte, dieser niemal eine Fräulein katholischer Religion heurathen solle."

Sodann ist auch §. 4. Vorsehung getroffen, was auf den Fall, wenn Carl August v. Pröck zu einer zweyten Ehe schreiten und Kinder zeugen, oder das Gut mit der Zeit auf Nachkömmlinge katholischer Religion verfallen sollte, gehalten werde solle.

Endlich wurden auch die Erben mit verschiedenen Legaten und Prälegaten (wobey der schon im vorigen Testamente bedachte Pfarrer zu Hillesheim nicht übergangen war) beschwert, und das vorige Testament, in so ferne es hierin nicht abgeändert worden, bestätigt.

§. 18.

Zwey Jahre nach diesem Testamente starb die Frau Erblasserin. Ihr folgte im Gute ihr Stiefsohn und Testamentserbe Carl August v. Pröck.

An Legaten waren nach dem Testamente zu zahlen: a) 9000 fl. Ausstattung der dreyen Fräulein v. Pröck, b) der Fräulein Amalie Sophie noch über dieses alle Mobilien, c) den Kindern des Ernst Ludwig von Pröck 1000 fl. d) der Frau Schwester der Erblasserin 500 fl.

end-

endlich e) zu milden Stiftungen verschiedene Geld- und Fruchtgefälle.

§. 19.

An Schulden waren vorhanden: erstlich ein im Testament vom Jahre 1705 erwähntes Kapital von 3000 fl. sodann ein im Jahre 1732. beym Domkapitul zu Mainz von der Frau Erblasserin unter Verpfändung verschiedener Gefälle zu Hillesheim aufgenommenes Kapital von 4000 fl. und endlich die übrigen im ersten Testamente bemerkten, wahrscheinlich noch nicht getilgten Schuldposten.

Dagegen hatte die Frau Erblasserin im Jahr 1720. vom Ritterhauptmann Freyh. von und zu Dalberg einen freyadelichen Hof zu Dolgesheim gekauft, und damit ihre vorigen Besitzungen vermehrt.

§. 20.

Gleichwohl sah sich Carl August v. Pröck genöthigt, 7 Jahre nach angetretener Erbschaft einen ansehnlichen Theil der Güter, nemlich ⅔tel des großen Zehnten zu Hillesheim, das Bannbackhaus, und verschiedene Grundzinse allda, sodann den freyen Hof zu Dolgesheim an die verwittibte Frau Rheingräfin zu Dhaun und Kirburg um 13657 fl. sub pacto retrovenditionis zu verkaufen.

Die hierwegen 1743 ausgefertigte Kaufbrief ward von dem kaiserl. Reichskammergerichte bestätigt, der Kaufschilling aber den auf Zahlung dringenden Gläubigern überlassen.

§. 21.

Noch im nemlichen Jahre 1743 starb Carl August v. Pröck, und hinterließ zwey Söhne und drey Töchter. Der älteste von den Söhnen Carl Lebrecht succedirte seinem Vater ins Gut Hillesheim. Er war mit Juliane v. Degenfeld vermählt.

Wie viel derselbe noch großmütterliche oder väterliche Schulden auf dem Gute angetroffen, und selbsten dazu gemacht hat, ist in den Acten nicht angemerkt. Groß muß indessen die Schuldenlast gewesen seyn, und ungestüm müssen die Creditoren auf ihre Befriedigung gedrungen haben, weil die oberrheinische Reichsritterschaft Concursum creditorum zu formiren schon damal bereit war.

§. 22.

In dieser Lage entschloß sich Carl Lebrecht v. Pröck, das freyadeliche Gut Hillesheim zu verkaufen. Da eben zu der Zeit der kurpfälzische Staatsminister Freyh. v. Wrede ein reichsritterschaftliches Gut zu acquiriren wünschte, so bot ihm Hr. v. Pröck das seinige zum Kaufe an.

Die

Dieser Kauf kam auch gegen einen Kaufschilling von 50000 fl. und 50 Ducaten Schlüsselgeld im Jahr 1750. wirklich zu Stande. Der von beyden Contrahenten, wie auch der Frau Mutter des Hrn. v. Pröck und dessen Gemahlin, samt Beyständen, unterzeichnete Kaufbrief wurde von der Reichsritterschaft bestätigt, und Freyh. v. Wrede ins verkaufte Gut immittirt.

§. 23.

Auf Instanz der Pröckischen Creditoren belegte das reichsritterschaftliche Directorium den Kaufschilling mit Arrest, erließ auch zugleich die bey Concursen üblichen Edictale.

Dieser Vorgang mag wider die Erwartung des Carl Lebrecht v. Pröck gewesen seyn: denn er wandte sich an das kaiserliche Reichskammergericht, und brachte da unter dem Vorgeben, daß die mehresten Schulden von seinem Vater herrührten, dessen Erbe er nicht sey, wider sämtliche Creditoren eine Citation ad deducendum jus suum, si quod habere putent, vel videndum sibi imponi silentium &c., die aber auf eingelangten ritterschaftlichen Bericht bereits am 10. Nov. 1751 wieder cassirt wurde.

§. 24.

Der Kaufschilling ward hierauf, nach berichtigter Ordnung der Gläubiger und ritter-

 schaft-

schaftlichen Repartition, von dem Hrn. Käufer an die Creditoren wirklich ausgezahlt, ohne daß Hr. v. Pröck was davon in die Hände bekam.

Eine Bedienung am kurpfälzischen Hofe, die unter der Protection des Staatsministers v. Wrede zu erhalten leicht zu seyn schien, hätte den erwähnten v. Pröck in seiner Lage aufrichten können. Allein auch diese Aussicht (obgleich der Hr. Minister dazu Hofnung gemacht haben soll) verschwand.

§. 25.

Es bereute daher der v. Pröck den Verkauf des Guts Hillesheim. Da er den Ertrag des Guts zu 5000 fl. annahm; so bemerkte er zwischen diesem und dem erhaltenen Kaufschilling kein Verhältniß. Der Keim des viele Jahre darauf gefolgten Processes war also damals schon vorhanden.

§. 26.

Indessen starb Carl Lebrecht v. Pröck, und hinterließ zwey minderjährige Söhne, Christian Ferdinand und Carl, denen die Reichsritterschaft am 14 May 1767 den Hrn. Carl v. Frays (dessen Gemahlin eine Schwester des Verstorbenen ist) zum Curator bestellte.

Dieser Freyh. v. Frays trat im Jahr 1771 bey dem oberrheinischen reichsritterschaftlichen

lichen Directorio nicht nur als Curator der Minderjährigen v. Pröck, sondern auch Namens seiner Gemahlin Auguste Juliane v. Pröck, begleitet von seinem Neffen August Lebrecht v. Pröck, mit einer Revocationsklage wider die Wittwe des immittels verstorbenen Staatsministers v. Wrede und derselben drey Töchter auf.

§. 27.

In dem bey der Ritterschaft am 28. Aug. des gedachten Jahrs übergebenen Klaglibell wurde nach einer kurzen Geschichtserzählung Fundamentum agendi aus den beyden Testamenten der Frau M. Amalie v. Pröck, gebornen v. Geispitzheim, und dem darin vorgeblich errichteten Familienfideicommiß hergenommen, das Gut Hillesheim als ein v. Pröckisches Stammgut vorgestellt, der Verkauf desselben als nichtig geschildert, und mit dem Petito geschlossen: „Daß, weil interpellatio extrajudicialis bis dahin fruchtlos gewesen, der Gegentheil zur unentgeldlichen Wiederabtretung des libellirten Guts, samt Zugehörde, cum fructibus perceptis ac percipiendis, a tempore institutae actionis, una cum refusione damnorum & expensarum, angehalten werden mögte."

Auf diese Klage antworteten die Beklagten, in Folge des ritterschaftlichen Decrets vom 29. Aug. des nämlichen Jahrs, am 2. Oct., und opponirten zuerst ihre dilatorischen Einreden, und zwar

1) Exceptionem legitimationis, weil Hr. v. Frays sein Curatorium nicht vorgelegt habe, sodann

2) Exceptionem cautionis, indem die Herren v. Pröck keine ritterschaftliche Güter besäßen, mit der Behauptung, daß sie (die Beklagten) vor Erledigung dieser Exceptionen, in die Hauptsache sich einzulassen, nicht schuldig seyen.

Hierauf schritten Beklagte, wiewohl nur pro informatione judicis, zur eventualen Litiscontestation. Nach einer weitläuftigen, bey den Hauptumständen jedoch mit jener des Klägers übereinstimmenden Geschichtserzählung, ward geläugnet: daß das Gut Hillesheim mit einem Fideicommiß behaftet, und die angezogenen Stellen des Testaments dahin zu verstehen seyen.

Zum Beweise dessen ward sich auf ein von der Reichsritterschaft bey Gelegenheit eines von der Frau Erblasserin aufgenommenen Kapitals ausgestelltes Attestat bezogen, worin das befragte Gut für frey und eigen erklärt wird.

So-

Sodann behaupteten die Beklagten, daß, wenn auch wirklich Hillesheim ein Pröckisches Stammgut wäre, gleichwohl der Verkauf desselben rechtsbeständig sey, indem der nach dem Testamente zur gültigen Veräußerung erfoderliche Fall einer erheblichen Noth und eines merklichen Nutzens wirklich vorhanden gewesen sey.

Das Petitum peremtoriarum geht am Ende dahin: Beklagte von der wider sie angestellten Klage zu absolviren, und die Kläger zum Ersatze der verursachten Kosten anzuhalten.

§. 28.

In der von Klägern in prorogirter Frist am 18. Nov. 1772 übergebenen Replik ward vorerst zur Widerlegung der dilatorischen Einreden auf das von der Reichsritterschaft dem Hrn. v. Frays im Jahre 1767 ertheilte Curatorium sich bezogen, und ferner ad exceptionem cautionis bemerkt: daß, wenn auch nicht die Curanden, jedoch die mitbetheiligten Herren v. Frays mit ritterschaftlichen Gütern genugsam versehen seyen.

Hiernächst wurde zur Widerlegung der Exceptionum peremtoriarum geschritten, und zum Beweise der Fideicommissarischen Eigenschaft des Guts Hillesheim angeführt: daß im Testamente dessen Veräußerung ausdrück-

lich verboten sey, und daß die Frau Erblasserin zu der v. Pröckischen Familie ganz vorzügliche Neigung getragen habe, woraus für ein Fideicommissum tacitum die dringendste Vermuthung entspringe.

Die Causa alienationis ward wiederholt als unzureichend angegeben, der Verkäufer der Verschwendung beschuldigt, und zugleich behauptet, daß die vorhandenen Schulden aus dem Ertrage des Fideicommisses gar wohl hätten getilgt, und das Gut der Familie erhalten werden können.

Aus Vorstehendem ward der Schluß gebildet, daß den Klägern die Actio revocatoria zustehe; daher Petitum libelli wiederholet, und zu rechtlicher Entscheidung geschlossen, auch Transmissio actorum gebeten wurde.

§. 29.

In der, nach wiederholtem Fristgesuche, und darauf erfolgter, jedoch wieder rescindirter Präclusion, am 17. Nov. 1773 übergebenen Duplik, ward dem Vorbringen des Klägers in Ansehung der dilatorischen Einreden widersprochen, und auf Vorlegung eines neuen Curatorii, weil Carl v. Frays immittels gestorben sey, und sodann auf Bestellung einer Realcaution gedrungen.

Hier-

Hierauf wurde der von Klägern in der Replik angefochtene Grund der Exceptionen dadurch vertheidigt: daß die Erblasserin der Conservation der v. Pröckischen Familie nicht einmal gedacht, ja sogar den Ausdruck Fideicommiß vermieden habe.

Fideicommisse seyen in Rechten verhaßt, sohin bey bloßen Vermuthungen nicht zu erdichten.

Selbst Carl August habe wenige Jahre nach dem Tode der Erblasserin einen beträchtlichen Theil vom Gute Hillesheim an die Rheingrafen zu Dhaun Kirburg für frey und eigen verkauft, und das Reichskammergericht habe diesen Contract bestätigt.

Sodann wurde Causa alienationis, wenn Hillesheim mit einem fideicommissarischen Bande auch wirklich umwunden seyn sollte, weiter deducirt, darauf auf das vorige Petitum sich bezogen, und ad Sententiam submittirt.

§. 30.

Auf diese Verhandlung erkannten Ritterhauptmann, Räthe und Ausschuß der oberrheinischen Ritterschaft am 17. Jun. 1774.

„Daß Beklagte von der wider sie angestellten Klage zu entbinden, die Gerichtskosten aber gegen einander aufzuheben und zu vergleichen seyen."

§. 31.

Von diesem Urtheile appellirte klagender Theil sogleich an das kaiserl. Reichskammergericht, wo er auch die Appellation, nach wiederholt durch die Decrete vom 17. Oct. und 15. Dec. 1774 verstatteten zwey monatlichen Prorogationen am 4. Febr. 1775 introducirte.

Im Libello gravaminum wird eine kurze Geschichtserzählung und der Hergang des Processes prämittirt, und sodann zur Rechtfertigung der Beschwerden geschritten. Als die

1ste Beschwerde wird angegeben: daß die fideicommissarische Eigenschaft des Guts Hillesheim mißkennt worden sey, und die

2te Beschwerde soll darin bestehen: daß die Veräußerung dieses Guts für rechtsbeständig erklärt, und absolutorie gesprochen worden sey.

Zu Rechtfertigung der 1sten Beschwerde wird ex ante actis angeführt:

a) Der §. 4. des Testaments vom Jahre 1705, welcher ganz deutlich für die v. Pröckische Familie das Gut Hillesheim bestimmen;

b) Die Lehre von Fideicommissis tacitis und die Axiomata: quod secundum jus germanicum praesumtio sit pro fideicommisso, & quod sola conjectura ad inducendum fideicommissum sufficiat; und

c) der

c) der §. 1. des Testaments vom Jahr 1733, welcher die Veräußerung des Guts Hillesheim ausdrücklich verbiete, und dadurch den Sinn der Erblasserin deutlich verrathe.

Zu Rechtfertigung der 2ten Beschwerde wird gesagt:

1) Der Verkäufer Carl Lebrecht v. Pröck habe beym Verkaufe auf die v. Wrede kein Dominium übertragen können, indem er nur Usufructuarius gewesen sey.

2) Der Verkauf sey ohne Einwilligung der v. Pröckischen Familie, folglich rechtswidrig vor sich gegangen.

3) Die angebliche Noth, welche die Veräußerung rechtfertigen solle, sey Necessitas culpabilis, indem sie Verschwendung und üble Wirthschaft zur Quelle habe. Ferner

4) von einem augenfälligen Nutzen könne keine Frage seyn, da Hillesheim unter seinem wahren Werthe verkauft worden sey.

Am Ende wird Petitum pro decernendis processibus plenariis, & reformationis sententiae cum expensis hinzugefügt, auch die vom Unterrichter versagte Transmissio actorum als eine Nebenbeschwerde noch nachgetragen.

Die gebetenen Processe wurden darauf den 9. Febr. 1775 erkannt.

§. 32.

In den am 18. Sept. des nämlichen Jahrs in prorogirter Frist übergebenen Exceptionen wird die Geschichte und der Hergang des Processes wiederholt, darauf, nach geschehener Prüfung der oben angezogenen Stellen des Testaments, die Existenz eines Fideicommisses nochmal widersprochen, und die Frage: an femina, quae nullum respectum ad familiam habet, fideicommissum possit instituere, verneinend beantwortet.

Sodann wird behauptet: der Frau Erblasserin habe die Erhaltung der Augsburg. Confession in Hillesheim sehr nahe am Herzen gelegen; und diese, nicht aber die Conservation des v. Pröckischen Namens, sey der Gesichtspunkt, von dem die Disposition des Testaments beurtheilt werden müsse.

Der 2ten Beschwerde wird, ihrer Unerheblichkeit wegen, durch einen bloßen Widerspruch begegnet; und bey der Klage über die versagte Actenverschickung wird bemerkt: daß hierzu beyder Theile Einwilligung erfoderlich sey, woran es in unterstelltem Falle fehle.

Gleichsam im Vorbeygehen wird des Ertrags des Guts Hillesheim gedacht, und dieser zur Zeit des Kaufs auf 1500 fl., nunmehr aber, nach vielen Meliorationen zu 2500 fl. angegeben.

Das

Das Petitum wird am Ende dahin gerichtet: priorem sententiam pure zu confirmiren, und die Gegner in die Unkosten zu condemniren.

§. 33.

Am 6. May 1776 ist hierauf, nach wiederholtem Fristgesuche, replicirt, am 18. Sept. duplicirt, und sodann von beyden Theilen respective am 18. Dec. 1778 und 15. Dec. 1779 zur richterlichen Entscheidung beschlossen worden.

§. 34.

Beurtheilung.

Wendet man nun die oben von §. 1 bis 11. aufgestellten generellen Grundsätze auf gegenwärtigen Proceß an: so fällt sogleich in die Augen, daß das in Frage stehende Gut Hillesheim als ein Pröckisches Stammgut nicht kann betrachtet werden, folglich die Lehre von den alten deutschen Stammgütern und derselben Conservation darauf nicht passend ist.

Ferner bemerkt man, daß die Verordnung von einer Frau herrührt, der man zwar, ob sie gleich, nach deutlichen Gesetzen, in bona avita nicht succediren konnte, die Befugniß, zu Gunsten eines fremden Geschlechtes ein Fideicommiß zu errichten, nicht absprechen kann; an der es jedoch immerhin was ungewöhn-

wöhnliches wäre, bey einer kinderlosen Ehe auf die Erhaltung der Familie ihres Mannes bedacht zu seyn.

§. 35.

Durchgeht man hierauf die zwey Testamente vom Jahr 1705 und 1733: so läßt sich die Errichtung eines Fideicommissi expressi, mit der dabey erfoderlichen ausdrücklichen Benennung des alleinigen Zweckes eines Fideicommissi, darin nicht vorfinden. Denn das sagt die Frau Erblasserin an keiner Stelle, daß das Gut Hillesheim zum Beßten und zur Aufnahme des Pröckischen Geschlechtes bey dem männlichen Stamm und Namen dieses Geschlechtes, so lange solches daure, als ein rechtes Stammgut verbleiben solle.

Man kann daher vor der Hand unbedenklich als richtig annehmen, daß in unterstelltem Falle ein auf ausdrüklicher Erklärung des Fideicommittenten beruhendes Fideicommiß nicht vorhanden sey.

§. 36.

Dagegen scheint der §. 1. des zweyten Testaments, nach welchem die Erben das Gut Hillesheim nach Möglichkeit verbessern, und zu dem Ende sich nicht unterfangen sollen, eines oder das andere davon, ohne erhebliche Noth, oder angenscheinlichen Nutzen zu verkaufen,

zu

zu versetzen oder zu veräußern rc., ein *Fideicommissum tacitum* zu verrathen.

„Celebrior enim (sagt Stryck de succesf. *) fideicommissorum tacitorum species esse videtur, ubi extra familiam bona alienare quis prohibetur, quoniam ista alienationis interdictio nullam aliam conjecturam capere permittit, quam fideicommissi relicti, licet verba ceteris fideicommissorum formulis haud respondeant.“

Womit auch Knipschild **), Menoch ***), Mascard †), Lauterbach ††) und Kraitmayr †††) übereinkommen.

Und wenn man erwägt, daß die Hauptwirkung eines ausdrücklichen Fideicommisses keine andere ist, als daß der damit Beschwerte die Fideicommißgüter nicht veräußern kann: so scheint das nur erwähnte Alienationsverbot ein stillschweigendes Geschlechtsfideicommiß deutlich anzuzeigen, und keine andere Absicht zu haben, als das Gut Hillesheim in der v. Pröckischen Familie zu erhalten.

§. 38.

---

*) Diss. VII. c. 1. §. 9.
**) a. a. O. c. 6. n. 101.
***) Lib. IV. praes. 68. n. 18.
†) Vol. II. concl. 776. n. 7.
††) In colleg. l. 36. t. 1. §. 6.
†††) a. a. O. S. 708.

§. 38.

Indessen kömmt doch hierbey alles auf die Ursache an, die den Testator zu diesem Verbote bewogen hat.

In prohibitione alienationis principaliter considerari debet mens disponentis & ratio prohibitionis: (erinnert Knipschild c. 3. n. 5.) denn, wenn das Verbot der Veräußerung simpliciter, ohne die hierzu bewegende Ursache anzuzeigen, geschieht: so bleibt solches ohne Wirkung, weil sich solchenfalls gegen die Veräußerung propter exceptionem: Tua non interest, Niemand rühren kann *).

Illud adhuc cautelae loco observare non incongruum videtur, ut, qui fideicommissum prohibitione alienationis rerum relictarum constituere voluerit, nec causam, propter quam alienationem irritam velit, vel personam, ad quam res neglecta prohibitione jure fideicommissi recidere debeat, addere negligat. Quod si vero haec duo praetermissa fuerint, prohibitio nullius momenti est, & nudi saltem praecepti vel consilii faciem adsumit. Rationes hujus rei adaequatae sequentes videntur, quod, quando nulla persona expressa, favore cujus facta prohibi-

*) Kraitmayr a. a. O. S. 708.

hibitio, incertum remanet, cui in casum contraventionis rem acquiri per fideicommissum testator voluerit, & ideo fideicommissum nullum & inane redditur. Pariter si causa fideicommissi constituti non appareat, ex qua, secuta alienatione, rei dominium in fideicommissarium transferatur, unde rem ipsam vindicare valeat, dominium, quod est apud heredem prohibitum, in illum transit, qui rem ab ipso accepit*).

Und ist diese Bewegursache mit der Natur der Familienfideicommisse nicht übereinstimmend, und geschieht das Verbot der Veräußerung nicht in Absicht auf die Erhaltung des Geschlechtes: so kann unmöglich daraus ein stillschweigendes Fideicommiß erwachsen.

§. 39.

Es muß solchemnach dem Veräußerungsverbote die Absicht auf die Familie zur Seite stehen, wenn sich daraus ein Fideicommissum tacitum ergeben soll.

Daher behauptet der Referent in selectis actor. relat. **): daß im Fürstlichen Hause Der-

*) Stryck de success. Diss. VII. c. 1. §. 36. item de caut. contract. S. 1. c. 3. §. 29.

**) Bey Wernher tom. III. obs. for. im Anhange S. 6.

Oettingen ein Familienfideicommiß existire, „weil die Alienation extra familiam, und zwar um der expresse prämittirten Ursache willen, ut bona in familia maneant, in der Oettingischen Erbeinigung verboten worden."

§. 40.

Allein in unterstelltem Falle führt die Frau Erblasserin gleich nach dem Alienationsverbote eine ganz andere Bewegursache an, nämlich:

„Damit nach ihrer Willensmeynung das evangelisch-lutherische Kirchenwesen in seinem Stande verbleibe."

Daß es der Frau Erblasserin mit dieser angezeigten Ursache wahrer Ernst gewesen, und daß ihr die Augsburg. Confession in Hillesheim nahe am Herzen gelegen, davon sind die deutlichsten Beweise in beyden Testamenten anzutreffen: denn aus eben diesem religiösen Antriebe verbietet sie ihrem Enkel, ein katholisches Fräulein zu heyrathen, und verordnet, daß, wenn einst Hillesheim auf Descendenten katholischer Religion fallen würde, die Kirche 1000 Rthlr. erhalten solle; — der verschiedenen der Pfarrey zu Hillesheim vermachten Schenkungen nicht zu gedenken.

§. 41.

Wie wenig aber diese religiöse Absicht mit der profanen Natur der deutschen Familienfideicommisse, die nur den Glanz des Geschlechts zum Zwecke haben, übereinstimme, fällt jedem in die Augen.

Es laßt sich demnach aus diesem Verbote der Alienation nicht nur kein bündiger und sicherer Schluß auf ein stillschweigendes Fideicommiß ziehen; sondern es ist auch die seltsame Ursache dieses Verbots so beschaffen, daß die Familie v. Pröck die Alienation nicht einmal anfechten kann: denn diese wird sich doch mit der Garantie des W. F. nicht beladen wollen?

Die A. C. Verwandten zu Hillesheim sind durch Art. 5. §. 31. I. P. genugsam gegen alle Religionsbedrückung eines künftigen Besitzers gesichert.

§. 42.

Die übrigen Stellen der beyden in Frage stehenden Testamente geben nicht den entferntesten Anlaß, ein stillschweigendes Fideicommiß zu vermuthen: Denn so kann diese Vermuthung nicht günstig seyn, daß beyde Testamente die Gemahlin des Carl August v. Pröck, Alexandrine Juliane v. Denstädt, neben ihrem Gemahle, und vor ihrem Sohne zur Erbfolge berufen.

Es ist zwar den Fideicommittenten nicht verwehrt, Frauen, die in der Regel unter dem Namen des Geschlechts nicht begriffen sind, vor, mit, oder nach dem Mannsstamme zu Fideicommissen zu berufen *).

Gleichwohl ist man nicht geneigt, dergleichen Fideicommissa irregularia, impropria & cognatica ohne die dringendsten Conjecturen zu vermuthen.

Denn es ist ein sehr bekanntes Axioma: fideicommissa familiae non existere, ubi feminae admittuntur **).

§. 43.

Daß die Erblasserin zu Carl August v. Pröck und dessen Gattin Alexandrine Juliane viele Neigung getragen, läßt sich zwar nicht mißkennen: es liegt aber eben so deutlich am Tage, daß diese Zuneigung mehr persönliche Eigenschaften, als Geschlecht und Namen zur Quelle hatte: denn außer dem würden die Kinder des v. Pröck aus einer zweyten Ehe von der Succession nicht ausgeschlossen worden seyn.

Von der bey Familienfideicommissen so gewöhnlichen Renunciation der Töchter zur Erhaltung des Stammes und Namens kömmt eben so wenig, als von den üblichen Beschwerden

*) v. Cramer in Opusc. T. 4. S. 509. seq.
**) v. Cramer in Observ. T. 4. S. 505.

den der Fideicommisse, nämlich dem Inventarium oder der endlichen Specification, und der Caution in gegenwärtiger Sache eine Spur vor.

Am Ende ist auch gar nicht abzusehen, was die Frau Erblasserin hätte zurückhalten können, es gerade heraus zu sagen, daß sie ein Familienfideicommiß errichten wolle, wenn sie daran gedacht hätte.

§. 44.

Und erwägt man ferner, daß die Erblasserin ihre Erben mit so beträchtlichen Legaten beschwert, und dadurch die künftige Veräußerung gleichsam vorbereitet hat; daß sie endlich ein Jahr vor dem letzten Testament noch 4000 fl. aufs Gut Hillesheim aufgenommen, und solches hierbey selbst für frey und eigen ausgegeben; und daß auch der von der Erblasserin auferzogene, sohin mit ihren Absichten genau bekannte Carl August v. Pröck sieben Jahre hernach einen beträchtlichen Theil des Guts zwar cum pacto retrovenditionis, immerhin jedoch gegen die Worte des Testaments, welches sogar das Verpfänden verbietet, verkauft und bey dieser Gelegenheit beym Reichskammergerichte gerade das Gegentheil, daß Hillesheim nämlich mit einem Fideicommiß nicht behaftet sey, behauptet hat: so läßt sich

wahrlich auf ein Geschlechtsfideicommiß kein sicherer und bündiger Schluß machen.

§. 45.

Sollte aber dem allem ungeachtet in den in Frage stehenden beyden Testamenten ein Fideicommiß verborgen liegen: so leidet die Regel, daß Fideicommisse unveräußerlich seyen, in manchen Fällen eine Ausnahme.

§. 46.

Die hier in Frage stehende Veräußerung scheint mit Einverständniß sämtlicher Interessenten vor sich gegangen zu seyn; denn da, nach den kaiserlichen der Reichsritterschaft am Rheinstrome ertheilten Privilegien, kein ritterschaftliches Gut verkauft werden kann, bevor es nicht zuerst den Agnaten, sodann den Cognaten, und endlich der ganzen Ritterschaft zum Kaufe angeboten worden ist: so ist wohl nicht zu zweifeln, daß die Pröckische Familie von dem vorseyenden öffentlichen Verkaufe Nachricht erhalten, und die Einwilligung dazu durch ihr Stillschweigen ipso facto ertheilt habe.

Dieses gibt besonders den Hrn. Carl v. Frays, der von dem Kaufschilling des befragten Guts die Aussteuer seiner Gattin bezogen hat, und ohnehin nur eine halbe Stunde von Hillesheim wohnen soll.

Ob aber die Einwilligung der Mitbetheiligten vorausgehe, oder erst nach der Veräußerung erfolge, und ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt werde, ist einerley *).

§. 47.

In Ansehung der beyden Minderjährigen v. Pröck dürfte es zwar mit dieser stillschweigenden Einwilligung noch einiges Bedenken haben: dagegen wird aber die Veräußerung durch die Fideicommißschulden gerechtfertigt, so daß es nicht erforderlich ist, bey dem Consensu interessatorum allein stehen zu bleiben. Denn es ist bekannt: fideicommissum non dari nisi deducto aere alieno nec debitorum pactionibus jus creditorum mutari aut tolli posse **).

Daher nicht nur die Fructus, sondern sogar Substantia fideicommissi selbsten hierwegen angegriffen, und pro quantitate debiti veräußert werden kann ***).

§. 48.

Es sind demnach unter den Schulden des Verkäufers, wie allerdings zu vermuthen steht,

*) Knipschild c. 11. n. 383. seq.

**) per alleg. apud. Knipschild c. 6. n. 240.

***) Stryck de caut. testam. c. 21. m. 2. §. 20.

noch Schulden der Fideicommittenten begriffen gewesen: so ist wenigstens in Ansehung derselben, so viel diese betragen, die Veräußerung rechtsbeständig.

Aehnliche Bewandsame hat es mit den Legaten *), und der Ausstattung der Fräulein v. Pröck: denn daß die Ausstattung, zumal wenn sie, wie sie in unterstelltem Falle auf das Gut assecurirt ist, eine wahre Fideicommißschuld sey, wegen welcher das Fideicommiß angegriffen werden könne, hat in Rechten seine volle Richtigkeit.

Die Actio revocatoria würde daher auf den schlimmsten Fall nur *pro parte* Platz finden können.

Am Ende würde der Käufer, der von der fideicommissarischen Eigenschaft des verkauften Guts keine Wissenschaft gehabt, von dem Verkäufer und dessen Erben vollkommene Gewehrschaftsleistung und Entschädigung fodern können **): denn es frägt sich noch, in wie fern dergleichen fideicommissarische Dispositionen ihre Wirkung gegen dritte Personen äußern können.

§. 49.

---

*) Knipschild c. 11. n. 226.

**) Kraitmayr a. a. O. S. 777.

§. 49.

Die kaiserliche Bestätigung scheinen zwar diese Familienverträge, in so lange sie den Reichs- und Lehngesetzen nicht entgegen sind, nach dem Art. 11. §. 2. der N. Wahlkapitulation nicht nöthig zu haben *).

Auch ist bekannt, daß die Testamente ohne kaiserliche oder landesfürstliche Bestätigung ihre Wirkung hervorbringen.

Allein, wenn sie gegen Dritte (sagt Moser im Familienstaatsrecht Kap. 19. §. 54) eine Rechtskraft haben sollen: so dürfen keine Geheimnisse daraus gemacht, sondern selbige dem Publicum so vorgelegt werden, daß ein Dritter vom Inhalte derselben wohl Wissenschaft erhalten kann; sonst wären sie Mäusefallen, und ein Mittel, dritte Personen unbilliger Weise um das ihrige zu bringen.

§. 50.

Es scheint zwar die bekannte Rechtsregel, quod quilibet eorum, cum quibus contrahit, conditionis non debeat esse ignarus **), hier entgegen zu stehen.

In gegenwärtigem Falle wußte aber nicht einmal die Reichsritterschaft was von dem an-

*) Boehmer Excercit. a. a. O. c. 2. §. 10.
**) L. 19. ff. de Reg. jur.

angeblichen Fideicommiß: denn sie bestätigte den Kauf des Hrn. v. Wrede ganz unbedenklich. Und da auch die Pröckische Familie sich stille hielte, von einem Stammgute ohnehin keine Frage war: so konnte Hr. v. Wrede ein verborgenes Fideicommiß gar nicht vermuthen.

§. 51.

Bey dieser offenbaren bona fide des Käufers würde es selbst billig seyn, die Veräusserung für gültig zu halten, sohin dem Widerrufe oder der Revocation nur gegen Erstattung des Werthes Platz zu geben, wenn man sich auch wirklich von der Existenz eines Fideicommisses in unterstelltem Falle überzeugen könnte.

Daß es aber hier an der Errichtung eines Pröckischen Geschlechtsfideicommisses ermangele, ist bisher wohl augenfällig dargethan worden.

§. 52.

Diesem allem nach, und zu Folge der bisherigen Ausführung, konnte daher nicht anders als confirmatorie gesprochen werden.

Ohnehin ergab sich zugleich aus den Acten, daß die Familie v. Geispitzheim ein älteres Fideicommiß ihres Namens auf das Gut Hillesheim prätendirt hatte. Wäre nun letzteres vorher ein Geispitzheimsches Fideicommiß

miß gewesen: so konnte die Testatricin darüber nicht valide disponiren.

In Ansehung jener Ansprüche hatte sich nun der v. Wrede mit der Familie v. Geispitzheim verglichen, aber eben hierdurch deren Jura an sich gebracht. Sollte es also gleichwohl möglich seyn, daß der vorliegende Proceß, der obigen Ausführung ungeachtet, in favorem der Familie v. Pröck entschieden werden könnte: so müßte diese jedoch immer mit dem v. Wrede vorher die Frage austragen: Ob nicht ein älteres v. Geispitzheimsches Fideicommiß existire.

§. 53.

Endlich ist noch zu bemerken, daß die Kläger, welche den Ertrag des Guts Hillesheim jährlich zu 5000 fl. annehmen wollten, in der Appellationsinstanz über enorme Läsion geklagt, und zu derselben Aufklärung Beklagte zur Vorlegung der Ertragsrechnungen anzuhalten gebeten hatten.

Allein da die Klägerin erster Instanz Condictionem ex L. 2. C. de rescind. vendit. mit der angestellten Revocatoria fideicommissi zu verbinden nicht schicklich gefunden, noch in der obersten Instanz diese ohnehin äußerst schwer zu erweisende Läsion mit Beweisen unterstützt hatten, sondern die nöthigen Behelfe, obschon sie das Gut bis 1750 in Hän-

den

den gehabt, und aus den väterlichen und großmütterlichen Rechnungen einen mehr als 50jährigen Revenüenertrag selbst wissen mußten, erst aus dem Hause der Beklagten herzuholen gedachten: so ist auch diese Einstreuung, der ohnehin vermuthlich im Kaufcontract aufs feyerlichste längst entsagt worden seyn mogte, bey der richterlichen Entscheidung keine Rücksicht genommen worden.

§. 54.

Schließlich will ich das ergangene Kammergerichtliche Urtheil hier beyfügen:

In Sachen v. Frays, curatorio nomine der beyden minderjährigen Gebrüder Christoph Ferdinand und Carl v. Pröck und Consorten, Appellanten eines wider verwittibte v. Wrede, proprio & curatorio nomine ihrer minderjährigen Töchter und Consorten, Appellaten andern Theils: Ist, allem An und Vorbringen nach, zu Recht erkannt, daß durch Richter voriger Instanz wohl geurtheilt, übel davon appellirt, daher solche Urtheil zu confirmiren und bestätigen: Als wir hiermit confirmiren und bestätigen, die Gerichtskosten, an diesem kaiserl. Kammergerichte derentwegen aufgelaufen, aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend. Publ. 27. Oct. 1784.

Zweyter Rechtsfall

über die Solemnien bey den Adpellationen, in specie aus dem Herzogthum Braunschweig-Wolfenbüttel, welche von dem kaiserl. Reichskammergerichte in der Art nicht für gültig angesehen werden, wie sie in der Wolfenbüttlischen Hofgerichtsordnung vorgeschrieben sind.

Innhalt.

§. 1. Prämittirte Sätze.

Die deutschen Reichsstände können keine besondere Solemnien bey den Adpellationen, zur Beschränkung der Berufung an die Reichsgerichte, ohne ein darüber erhaltenes kaiserliches Privilegium, wonach jene Feyerlichkeiten allein zu beurtheilen sind, einführen.

Die Landes-Statuta können hierbey nur in so weit in Anschlag kommen, als darauf im Privilegio selbst Bezug genommen wird.

§. 2

§. 2 u. 3. In specie von den Herzoglich-Braunschweigischen Privilegiis.

§. 4. Vorschrift der Hofgerichtsordnung zu Wolfenbüttel in Betreff des Adpellationseides und der Caution.

§. 5 — 23. Diese Formulare der Eides- und Cautionsleistung sind schon in verschiedenen am kaiserl. Reichskammergerichte obschwebenden Sachen zur Frage gekommen, indem sich die Adpellanten weigerten, die Solemnien in der Maße zu prästiren, und bey dieser Weigerung auch von dem höchsten Reichsrichter manutenirt wurden, da jene Verordnungen die Grenzen der kaiserlichen Privilegien überschreiten.

Erzählung eines Falls: der neuerlich über diese Materie zur Entscheidung vorlag.

§. 24. Bey dieser Sache ergeben sich folgende Fragen:

1) Nach welcher Form sind die Solemnia adpellationis bey den Braunschweigischen Gerichten zu prästiren?

2) Hat der adpellantische Anwalt daran recht gehandelt, daß er die Solemnia, nachdem seine Partey solche in der Form, wie es anfänglich die Justitzkanzley zu Wolfenbüttel verlangte, daselbst zu leisten, mit Recht verweigerte, alsbald ohne vorherige Anfrage bey dem Kammergerichte in termino reproductionis abgelegt hat?

3) Konnte Judicium a quo deren Wiederholung verlangen? Und war hiernach, nachdem sich die Partey solche abermal zu leisten weigerte,

4) der Richter voriger Instanz befugt, eine Desertoriam zu erkennen?

§. 25 — 35. Erörterung der 1sten Frage. Fortsetzung des hierüber oben von §. 1-5 vorgekommenen Ausführung.

Specielle Angabe der in der Braunschweigischen Hofgerichtsordnung in Betreff der Solemnien enthaltenen Abweichungen von den darüber ertheilten kaiserlichen Privilegiis und von der sonstigen deshalb in den Reichsgesetzen vorgeschriebenen Form.

Weitere Ausführung, daß alle diese Abweichungen nicht Platz finden können.

Auch mehrere Praejudicia, wo in dergleichen Fällen von dem kaiserlichen Reichskammergerichte so gesprochen worden ist.

§. 36 — 40. Erörterung der 2ten Frage.

Einerley ist es, einem Adpellanten die Solemnia zu verweigern, oder ihm solche aufzudringen, die mit den Reichsgesetzen und Privilegien nicht bestehen.

In solchem Falle können daher die Solemnia, statt daß sie sonst bey dem Unterrichter zu prästiren sind, bey dem Kammergerichte in gehöriger Form prästirt werden.

Eigentlich muß aber hiervon vorher die Anzeige gemacht, und über die Zulassung ein Decretum erwartet werden. Jedoch ist keine Nullität aus der Unterlassung dieser Anzeige zu folgern; denn der hier einschlagende G. B. vom 13. Dec. 1659 sagt dies nicht ausdrücklich, und citra legem kann solches nicht statuirt werden. Nach den Gesetzen müssen vielmehr die Handlungen in dubio ehender für rechtsbeständig, als für nichtig erklärt werden.

Schluß, daß die ohne vorherige Anfrage, und ohne zuvor einen richterlichen Bescheid darüber zu erwarten, alsbald hier in Camera geleisteten Solemnia zwar für gültig zu halten, jedoch der ad-

pellantische Anwalt jener Unterlassung halber zu bestrafen sey.

§. 41 — 46. Erörterung der 3ten und 4ten oben bemerkten Frage, nebst dem über die Sache den 13. Oct. 1786 eröfneten Urtheil.

Prämittirte Sätze.

§. 1.

Zur Einführung besonderer Solemnien bey den Appellationen, durch welche letztere eingeschränkt werden, darf kein Reichsstand für sich, ohne ein darüber erhaltenes kaiserliches Privilegium, schreiten. Diese (die Privilegia) sind der einzige Maaßstab zu der Beurtheilung solcher Feyerlichkeiten.

Die Statuta können hierbey nur in so weit in Anschlag kommen, als darauf im Privilegio selbst Bezug genommen wird, oder im Falle sie wenigstens von kaiserlicher Majestät confirmirt, und den höchsten Reichsgerichten insinuirt worden sind.

§. 2.

Die ältern Herzoglich-Braunschweigischen Privilegia, von denen hier in dem unten vorkommenden Falle, in Betreff der Solemnien bey den von der Justitzkanzley zu Wolfenbüttel an die Reichsgerichte gehenden Appellationen

tionen, die Rede ist, enthalten bloß eine Appellationssumme, welche Anfangs auf 300, ferner auf 600, und dann auf 800 Goldgulden gesetzet worden ist, ohne einiger Feyerlichkeiten zu gedenken. Diese erwähnte ältern Privilegia sind von den Jahren 1562, 1578 und 1597.

Das von 1562 und 1597 liefert Ludolf in Corp. Jur. Camer. Auch sind solche der Herzoglich-Braunschweigischen Hofgerichtsordnung von 1663, S. 178 und folg., wie auch der Kanzleyordnung von 1651, S. 58 und folg. beygedruckt. Das von 1578 aber wird nur bloß in dem Privil. von 1597 referirt, und es ist in dem Relato so wenig, als denen von 1562 und 1597 eine Spur von einigen Solemnien vorhanden.

§. 3.

Diese kömmt erst in den Privilegiis von 1639 und 1648 vor, worin die Eydes- und Cautionsleistung als ein Solemne vorgeschrieben, und darüber folgendes verordnet wird:

„Solle einem jeden Appellanten zuvor, und ehe seiner Appellation deferirt worden, auferlegt werden, den Eyd vor Gefährde von (vor) dem Richter erster Instanz zu schwören, daß er glaube, eine rechtmäßige Sache zu haben, und nicht appellire, in Gemüth und Meynung, die Sache durch seine Ap-

pellation aufzuhalten, sondern in Hofnung und Zuversicht besser Recht zu erlangen, als die in ersterer oder anderer Instanz gesprochene Urtheil mit sich bringen thäte:"

Ferner heißt es daselbst:

"Dann auch (soll) solcher Appellant schuldig seyn, Caution und Versicherung zu thun, wann er der Appellation fällig erkannt würde, dem Appellanten *) (oder vielmehr den Appellaten) seine aufgeloffene Expens und Unkosten zu refundiren."

§. 4.

Dahingegen schreibt die Herzogliche Hofgrichtsordnung von 1663, Tit. 70 den Eyd, welchen der Appellant schwören soll, in folgendem Formular vor:

"Daß ihr auf vorgehabten Rath und Gutdünken diesfalls erfahrner, verständiger, gewissenhafter und friedliebender Leute gänzlich glaubet, und gewiß dafür haltet, daß ihr durch die eröffnete Urtheil wider Recht und Bil-

*) So heißt es in beyden Privilegiis bey Ludolf in Corp. jur. cam. p. 210 und 223 ja selbst in dem Abdrucke dieser beyden Privilegien in der 1663 in Wolfenbüttel gedruckten H. G. O. p. 200 und 205, wie auch in der Wolfenbüttelschen Kanzleyordnung von 1651. Der Augenschein aber zeigt, daß es ein Schreibfehler sey.

Billigkeit gravirt und beschwert seyd, und euch dahero auch einzig und allein zu Abschaffung solcher vermeinten Beschwerden, keineswegs aber zu Aufenthalt der Execution, oder Verlängerung der Sachen Appellirens Noth ist, daß ihr auch solche Appellation nicht böser Meynung, noch freventlich euren Gegentheil dadurch aufzuhalten und einzutreiben oder in Schaden zu führen, an und vor die Hand genommen, daß auch eure in diese Appellation gebrachte Anfoderung hauptsächlich, alle Zinsen, Fructus, Schaden, Kosten ausgenommen, zu Anfang der Klage 2000 Goldgulden oder darüber werth gewesen, und noch sey, daß ihr auch an dem hochlöblichen K. K. G. in Rechten verlustig werdet, es geschehe gleich, daß euer Gegentheil von der Ladung absolvirt und entladen, oder daß die Sache daselbst als desert nicht angenommen, oder erkannt, daß die Sache dahin nicht erwachsen, oder an Richter voriger Instanz remittirt, oder die Urtheil a qua daselbst confirmirt werde, oder daß der Appellat allda in einige oder andere Wege auch obsiege, dem Appellaten alle Kosten und Schaden erlegen, ihm auch alles andere, was vorberührte Urtheil vermag, ohne einige fernere Supplication, Revision, oder Restitution J. J, als welcher ihr auch, so viel den Punctum executionis betrift,

hiermit gänzlich verzeihen, und begeben, denen ihr auch hiermit ausdrücklich renunciiren thut, vergnügen und entrichten wollet."

Dann wird puncto Cautionis Tit. 69. verordnet:

„Daß der Appellant genugsame Caution und Sicherheit (im Fall er in Rechten verlustig würde) alsdann Kosten und Schaden nach rechtlicher Mäßigung mit samt der Sache selbst zu begnügen und zu entrichten, mit annehmlichen Bürgen, oder erbeigenen, und in specie designirten, aber nicht in genere angezogenen Gütern prästiren und bestellen. Wenn aber der Appellant mit liegenden Gütern oder Bürgen solche Caution, wie gemeldet, nicht thun könnte, alsdenn soll er ad juratoriam cautionem, und mit dem Eyde Sicherung zu thun, zugelassen werden, doch daß er zugleich schwöre, daß er nicht so viel an liegenden Gütern habe, auch nach gebührlich angewandtem Fleiß keinen Bürgen bekommen möge."

§. 5.

Diese Formulare der Eydes- und Cautionsleistung sind schon in verschiedenen am kaiserl. Reichskammergerichte obschwebenden Sachen zur Frage gekommen, indem sich die Appel-

pellanten weigerten die Solemnien in der Maaße zu prästiren, und bey dieser Weigerung auch von dem höchsten Reichsrichter manutenirt wurden: denn es fällt alsbald in die Augen, daß diese Verordnungen die Grenzen der kaiserlichen Privilegien in mehrern Stücken überschreiten. Bevor ich jedoch hiervon mehreres sage, will ich zuvor den Fall ganz kürzlich erzählen, der neuerlich wieder über diese Materie zur Entscheidung vorlag.

Factum.

§. 6.

Die Schröderische Handlung in Bremen schließt mit einer andern sich in Holzminden unter der Firma: Winkelmann und Calm befindenden Handlungscompagnie im May 1773 einen Contract, Kraft dessen diese an erstere währenden nächst folgenden 10 Jahren 40000 Ellen Steine jährlich um die daselbst bestimmten Preise überläßt.

Die Käufer wollen den ihnen berechneten Betrag richtig bezahlt, und noch 2700 Rthl. zu gut gehabt haben. Die Verkäufer aber schrieben sich im Junius 1782, nachdem schon neun Contractjahre vorüber waren, wegen dieses Steinhandels noch eine Foderung von 8209 Rthl. 8 Ggr. zu.

§. 7.

Die Schröderische Handlungscompagnie provocirte daher bey dem Obergerichte in Bremen ex l. diffamari ad agendum, worauf die Citation an Burgermeister und Rath in Braunschweig, worunter Provocati wohnen, per subsidiales ad insinuandum zugefertigt wurde.

Nach deren Verkündung stellten diese in Holzminden, weil daselbst der Contract zur Erfüllung hätte gebracht werden sollen, die Hauptklage an, und ließen solche in Bremen insinuiren. Hieraus entstand bey beyden Gerichten ein Streit über die Frage: wer judex competens in causa principali sey?

§. 8.

Acta Bremensia wurden ad exteros versandt, deren am 15. Sept. 1783 eröfnetes Urtheil die Provocaten anwies, unerheblichen Einwendens ungehindert, die Hauptklage binnen 4 Wochen in der Provocanten dortigen Gerichtsstelle sub comminatione perpetui silentii anzustellen. Ihr Anwalt interponirte zwar dagegen Restitutionem J. J. prorogirte Fatalia, ließ solche aber fallen.

§. 9.

In Holzminden gieng inzwischen der Rechtsstreit fort, woselbst der Richter die Partheyen

thenen zur Anhörung des Urtheils über die Quaestionem fori vorbeschied.

Die Provocanten beriefen sich dagegen auf die ab exteris eingeholte Sententiam Bremensem de 15. Sept. Allein der Bescheid vom 8. Oct. 1783 ließ es bey dem vorigen, daß sie nämlich zur Eröffnung des Urtheils in Holzminden citirt blieben.

Hiervon appellirten sie an die Justizkanzley zu Wolfenbüttel. Allein diese ertheilte ein Denegatorium, weil vor eröffnetem Erkenntniß kein Gravamen existire; und hierbey verblieb es auf die dagegen interponirte Appellation im Decret vom 19. Febr. 1784.

Die hiernach gesuchte Restitution in integr. verwarf der Bescheid vom 2. März, welchen das Decret vom 9. ejusdem, das bey Gelegenheit der gleich vorkommenden Praeclusoriae abgefaßt wurde, bestätigte.

§. 10.

In Bremen meldeten sich, wie gesagt, die Provocaten nicht mehr; die ihnen dort angesetzten 4 Wochen liefen also ab, und auf Anrufen der Provocanten legte ihnen das Bremische Urtheil vom 1. May 1784 ein ewiges Stillschweigen auf.

Dieses exhibirten die Provocanten in Wolfenbüttel noch vor dem Bescheide vom 9.

 März

März. Allein man nahm hieraus keinen Grund, das vorige Decret abzuändern.

Nunmehr stand die Sache so: das Gericht in Bremen war im Urtheil vom 15. Sept. 1783 pro competente in causa principali erklärt, und den Provocaten war durch die Sententiam Bremensem vom 1. März 1784 ein ewiges Stillschweigen auferlegt. Nach den Wolfenbüttelschen Decretis vom 2. und 9. März 1784 aber sollte erst in Holzminden über die Quaestionem fori gesprochen werden.

§. 11.

Von diesen letzteren Bescheiden vom 2. und 9. März adpellirte die Schröderische Handlung am 9. und 11. ejusdem, cum requisitione actorum et oblatione ad solemnia, über deren Abstattung aber damals von dem Unterrichter keine Resolution ergieng.

Der adpellantische Anwald supplicirte demnächst am kaiserl. Reichskammergerichte den 22. Jun. und 16. Aug. 1784 um Erstreckung der Fatalien, welche ihm die Decreta vom 26. Jun. und 26. Aug. jedesmal auf 2 Monate verwilligten.

Vor deren Ablaufe supplicirte er am 25. Sept. pro processibus, und führte an: daß diese Berufung dem Herzoglichen Privilegio nicht zuwider sey; daher dann auch Appellanten

ten weder Cautio, noch Juramentum zugemuthet worden sey, wobey er sich quoad materialia auf die in judicio a quo sowohl, als in Bremen verhandelten Acta bezog, mit der Bitte, es bey der rechtskräftigen Praeclusoria zu belassen.

§. 12.

Das R. Kammergerichtliche Decret vom 16. Febr. 1785 erkannte völlige Processe und doppelte Compulsoriales an beyde Richter voriger Instanz, cum fatalium prorogatione auf 2 Monate, welche am 18. März noch auf 1 Monat erstreckt wurden.

Die Insinuation der Processe geschah am 2. April bey Judicio a quo sowohl, als den Appellaten in Braunschweig, und am 7. ejusdem bey dem Magistrat in Bremen, und dem daselbst wohnenden appellantischen Advocaten Otto.

§. 13.

Nunmehr bereitete sich die Herzogliche Justizkanzley zur Abnehmung der Solemnien in Betreff des Appellationseydes und der Stellung der Caution. Als nämlich am 2. April 1785 die Insinuation geschehen war, so verfügte Judicium à quo am 6. ejusdem.

„Daß ad praestandum Solemnia terminus auf den 13. May präfigirt werde, in wel-

welchem die Parteyen, und zwar Appellanten und deren Schriftsteller in Person, auf der Justitzkanzley zu erscheinen, respective Solemnia zu prästiren, und wie solches geschehen, anzuhören, und darauf Bescheides zu gewärtigen hätten."

§. 14.

In der Folge ist hierauf in Wolfenbüttel wegen Prästirung der Solemnien vieles gehandelt, und es sind deshalb selbst verschiedene Remedia juris eingewandt worden.

Den Zusammenhang dieser Nebenauftritte stellen die Partheyen so wenig, als das Judicium a quo umständlich vor. Was in den Cameralacten davon vorkömmt, besteht darin:

Von der persönlichen Sistirung in Wolfenbüttel gieng die Justitzkanzley wieder ab, und requirirte den 20. April 1785 den Bremischen Stadtrath, den Appellanten und ihrem Advocaten Otto den Appellationseyd nach Inhalt der fürstlichen H. G. O. abzunehmen.

Weil sich in der Folge der Anstand ergab, daß noch mehrere Personen den Eyd abzulegen hätten: so wurden desfalls den 6. May weitere Requisitoriales beliebt, und die Eydesformul beygelegt, welche mit jener aus der Hofgerichtsordnung oben §. 4. angezogenen Formul gleichstimmig ist.

So-

Sodann legte der Bescheid vom 13. May 1785 den Adpellanten auf: „Der Kosten wegen die Caution auf 200 Rthl., in Ansehung der Haupsache aber selbige auf 8209 Rthl. 8 Ggr. sub poena desertionis auf den 23. Junius zu bestellen.“

§. 15.

Während dieser Vorfälle näherte sich der bey dem R. Kammergerichte zur Reproduction der Processe laufende Termin, wozu der adpellantische Anwalt am 4. April vorsorglich um Prorogation auf 2 Monate gebeten hatte, worauf er am 3. Jun. die Reproduction bewirkte, und unter Vorschützung, daß seine Prinzipalen zu den Solemnien privilegienmäßig nicht gelassen worden seyen, die schon am 7. April von den Adpellanten und ihrem Advocaten ausgestellte, und in gewöhnlicher Form aufgesetzte Specialgewalt ad juramentum nebst dem eod. (7. April) von den Adpellanten in üblicher Form ausgestellten Cautionsschein ad acta producirte, und, ohne darüber einen Vorbescheid abzuwarten, den Eyd also gleich ablegte.

§. 16.

Als nun der Stadtrath in Bremen am 27. Jun. zur Eydesabnahme schreiten wollte, weigerten sich dessen die Adpellanten, und stellten vor:

Die

Die Justitzkanzley sey bey der Vorschrift der Caution und des Eydes ultra privilegium und selbst über die, jedoch in praesenti nicht zu befolgen gewesene, Vorschrift der Hofgerichtsordnung hinaus gegangen: da es aber einerley sey, privilegienwidrige Solemnia zuzumuthen, oder die Leistung der erfoderlichen Solemnien zu weigern; so hätten sie durch ihren Anwalt in Wetzlar in termino reproductionis quoad juramentum & cautionem das erfoderliche bereits beobachten lassen; sie hielten sich also zur Wiederholung der Solemnien nicht schuldig; ihrem Advocaten aber wäre in den Appellationsprocessen bey dem K. R. Kammergerichte, den Appellationseyd zu leisten, bey Strafe aufgegeben worden, in deren Gefolge er auch durch den Anwald solchen habe ablegen lassen.

Die Appellaten accusirten dagegen Contumaciam, womit dieser Actus sich damals endigte.

§. 17.

Von nun an gieng ratione Solemnium eine doppelte Verhandlung an, welche hier bey dem Kammergerichte und zu Wolfenbüttel gepflogen wurde.

Hieselbst nämlich schreibt der appellantische Anwalt in der gewöhnlichen Laufbahn fort, reproducirte am 6. Jun. die ergangenen

und insinuirten Compulsoriales gegen Bremen, und brachte den 10 ejusdem Acta judicii Bremensis una cum rationibus decidendi zu den Acten; gegen Braunschweig aber erhielt er am 21. Nov. Compulsoriales ulteriores, welche aus Versehen an das Hofgericht expedirt, und demselbrn insinuirt wurden, nach entdecktem Irrthume aber, und deshalb geschehenem weitern Gesuche, auf die Justitzkanzley im Urtheil vom 27. Jan. 1786 umgeschrieben, und derselben verkündet wurden.

§. 18.

Der Anwalt der letztern (der Justitzkanzley nämlich) erschien am 8. März, und meldete, daß Appellanten durch Tergiversirung der Solemnien an der unterbliebenen Extradition der Acten Schuld gewesen seyen.

Namens der Appellaten wurde, nach prorogirter Frist, die Exceptionsschrift am 23. Dec. 1785 übergeben, worin ihr Anwalt, wegen nicht geleisteter Solemnien, die Appellation für erloschen zu erklären, und die Sache an Richtern voriger Instanz zu remittiren bat.

§. 19.

Die Appellanten replicirten am 30. Jan. 1786:

Die

Die Eydesformul überschreite das Privilegium. Nach jener hätten sie schwören sollen, dem Gegner alle Schaden und Kosten zu bezahlen, da es doch erst von dem Urtheil abhange, ob sie in diese condemnirt werden würden. Außer dem enthalte der Eyd eine Cautionem juratoriam, wo ihnen nichts desto weniger am 13. May 1785 der auf 200 Rthl. angesetzten Kosten wegen eine Cautio realis, sive pignoratitia auferlegt worden sey. Sodann enthielte der ihnen vorgelegte Eyd eine Entsagung auf die in den Reichsgesetzen gegründeten Restitutions- und Revisionsmittel.

Es sey daher in Sachen v. Grone wider den Herzoglichen Anwalt Kern am 14. May 1781 die Erinnerung geschehen, die Appellanten in Ansehung der Formul des in Gefolge des Herzoglichen Privilegii abzustattenden Appellationseydes über die Reichsgesetze und K. G. Ordnung ins künftige nicht zu beschweren.

Ferner wäre auch bey Ansetzung der Caution das Privilegium überschritten worden, indem das Judicium a quo solche, außer den Kosten, auf 8209 Rthl. 8 Ggr. gesetzt habe. Die Caution in Betreff der Kosten hätten sie, als in privilegio gegründet, geleistet: zu der weitern aber achteten sie sich nicht schuldig, je weniger solche das Privilegium fodere, Decretum a quo keine Summam condemnationis bestim-

bestimme, und Adpellaten ihrer Foderung wegen rechtskräftig abgewiesen worden seyen.

Der Advocatus causae habe hier in Camera geschworen, und es sey ihm frey gelassen, ob er den Eyd in Person, oder durch einen Anwalt ablegen wolle, da er sonst kein Bedenken gehabt haben würde, ihn in Person abzulegen.

Man bitte daher, nunmehr litem in contumaciam pro contestata, und narrata libelli pro confessis anzunehmen.

§. 20.

In Wolfenbüttel, woselbst immittels noch immer über den Solemnienpunkt gestritten wurde, äußerte sich ein neuer Auftritt. Daselbst ergieng nämlich am 11. Jan. 1786 ein merkwürdiges Decret, worin den Adpellaten die gegenseitigen Justificationsschriften communicirt werden, mit der Verfügung, daß, obwohl den Adpellanten, Cautionem judicatum solvi, immaßen solches die H. G. Ordnung von 1556, samt der kaiserlichen Confirmation von 1559 deutlich besage, zu bestellen obliege, Judicium a quo jedennoch es geschehen lassen wolle, daß für diesmal von jenem Privilegio, und von der in dessen Gefolge erkannten Caution abgegangen werde, adhibita tamen protestatione de non trahendo in consequentiam. Wegen der Caution

pro expensis hingegen verbleibe es bey dem Decreto a quo vom 13. May 1785, und werde zur Bestellung dieser Caution terminus auf den 1. März sub poena desertionis angesetzt. In Ansehung des nach dem Privilegio von 1648, und der H. G. O. vor dem Judicio a quo zu leistenden Eydes, werde dessen Formul, bey den von den Adpellanten geäußerten Bedenklichkeiten, zur Schonung ihres Gewissens, nach dem wörtlichen Inhalte der Reichsgesetze und Privilegiorum, so vorgeschrieben, wie sie bey dem höchsten Reichsgerichte üblich sey. Endlich werden darin anderweite Requisitoriales, um den Adpellanten und dem Advocaten Otto den Eyd in gewöhnlicher Form abzunehmen, nach Bremen erkannt.

§. 21.

Daß diese weitere Requisitoriales erlassen worden, bemerkte der adpellantische Anwalt im Receß vom 30. Jan. 1786 umständlich, und der Procurator judicis a quo am 8. März, mit Beylegung eines bereits am 13. Febr. an ihn erlassenen Rescripts. Allein schon vor dieser letztern Anzeige war bereits am 1. März die Desertoria ergangen, welche folgende Vorgänge hatte:

Als judex requisitus am 7. Febr. zur Abnehmung des Eydes schreiten wollte, weigerte

gerte sich dessen der Advocat Otto, weil zur Vermeidung der Desertion die ultra privilegium verlangten Solemnia in termino reproductionis in Camera imp. bereits abgelegt worden waren. Bey dem Judicio a quo hingegen ließen Adpellanten am 26. Febr. ihrem Anwalte die Vollmacht aufkündigen, welches derselbe am 1. März anzeigte. Als nun auf diesen Termin von adpellatischer Seite Niemand erschien, mithin keine Caution pro expensis geleistet wurde: so ertheilte judicium a quo auf Anrufen der Adpellaten die Desertoriam.

§. 22.

Der adpellatische Anwalt in Camera zeigte solches in Duplicis an, mit dem weitern Anführen: Adpellanten hätten bereits am 7. April 1785 zur Zeit, wo nach der Form des Eydes keine Frage habe seyn können, ihre Vollmachten ausgestellt, auch, daß sie Solemnia in Camera imp. prästiren wollten, bereits am 20. April angezeigt. Ferner hätten sie, statt vier Schröderischer Erben, nur einen Gegner aufbringen, und gleich Anfangs statt der Cautionis realis pro expensis, nur nude promissoriam vel juratoriam einlegen wollen; daher nunmehr desertorie, und secundum petita exceptionum zu erkennen gebeten werde.

Sodann producirte Procuraror judicis a quo am 28. Jun. 1786 ein Rescript, worin die Desertoria vom 1. März, und das Documentum factae insinuationis angelegt ist.

§. 23.

Hierauf ist adpellantischer Seits ad sententiam submittirt, und dies von den beyden gegentheiligen Anwälten angenommen worden. Extrajudicialiter aber sind noch die Adpellanten bereits am 17. März 1786 mit einem Attentatengesuche eingekommen, worin sie um Aufhebung der Desertoriurthel vom 1. März bitten.

Beurtheilung.

§. 24.

Es ist aus dem vorausgesetzten Facto ersichtlich, daß es hier nicht auf die Hauptsache, sondern auf die Frage ankömmt: Ob diese Adpellation, um willen die Adpellanten die im Decreto vom 11. Jan. 1786 (vid. retro §. 20.) auferlegte Cautionem pro expensis und vorgeschriebene Eydesformul in termino praefixo nicht prästirt haben, desert geworden?

Wenn noch ante reproductionem die Praestatio Solemnium nach der neuerlich umgeänderten Form verlangt worden wäre: so würde aller Anstand gehoben gewesen seyn.

Allein

Allein da Judicium a quo nach insinuirten Processen eine andere Formulam juramenti & cautionis vorgeschrieben, auch den Bremischen Stadtrath am 20. April über die Verpflichtung nach Inhalt der H. G. O. bereits requirirt hatte, nachher aber, da der Solemnienpunkt, und ob die in termino reproductionis geleisteten Solemnia von Rechtsbestande seyen, schon am Kammergerichte obschwebte, davon wieder abgegangen ist: so entstehen folgende Hauptfragen:

1) Nach welcher Form sind die Solemnia adpellationis bey den Braunschweigischen Gerichten zu prästiren?

2) Hat der adpellantische Anwalt daran recht gehandelt, daß er solche ohne Anfrage bey dem Kammergerichte in termino reproductionis abgelegt hat?

3) Konnte Judicium a quo deren Wiederholung verlangen? Und

4) war es befugt, in dieser in Camera pendenten Sache eine Desertoriam zu erkennen?

§. 25.

Was ad 1) die Solemnia adpellationis überhaupt, und im Herzogl. Braunschweigischen insbesondere betrift, davon ist oben von §. 1 bis 5. schon die hauptsächlichste Erwähnung geschehen.

Die dort §. 3. ausgezogenen kaiserlichen Privilegia von 1639 und 1648 kommen in formalibus, worunter der Eyd bestimmt wird, im Wesentlichen mit der selbst am Kammergerichte deshalb üblichen Form überein, und die Caution wird daselbst blos auf die Expensen gerichtet.

Beydes, Eyd sowohl als Caution, muß nach diesen Privilegiis zuvor, und ehe der Adpellation deferirt ist, geleistet werden.

Nach dem §. 117. J. R. A. muß der Eyd von dem Adpellanten, der kein Graf oder Freyherr ist, vor dem Untergerichte in Person abgelegt, nicht erst bey dem Kammergerichte zu prästiren anerboten, und die Caution muß vor dem Unterrichter in der bestimmten Zeit bey Verlust der Adpellation geleistet werden.

§. 26.

Die Braunschweigische Hofgerichtsordnung von 1663, Tit. 70 schreibt aber andere, als die in den Privilegiis enthaltene Formalien vor, welche Tit. 66 der Kanzleyordnung von 1651, p. 29 ebenfalls vorkommen, und oben §. 4. angeführt worden sind.

Sie geht in einigen wesentlichen Punkten von der im G. B. von 1656 in Gefolge §. 43. J. R. A. vom Kammergerichte verfaßten, und dem Tit. 38, P. 3. C. O. C. neuerer Ausgaben

den beygedruckten Formul ab, wovon folgende Abweichungen die beträchtlichsten sind:

§. 27.

a) Daß der Appellant die Appellations-summe beschwöret, deren Regulirung aber nicht eigentlich vor den Unterrichter, sondern vor den Judicem ad quem, hier vor das Kammergericht, gehört. Hat dieses darüber einen Anstand; so kann es alsdann einen Eyd deferiren: findet und erkennt solches aber die Summe für hinreichend, (so wie in der vorliegenden Sache bey Erkennung der Processe geschehen ist) so würde es wider das oberstrichterliche Erkenntniß laufen, hierüber mittels deferirten Eydes nochmal einen Zweifel zu erregen.

§. 28.

b) Das eydliche Versprechen, die Kosten zu vergüten, im Fall der Appellant der Sache verlustig werde, kann ein scrupulöser Appellant mit gutem Gewissen nicht leisten. In casu confirmatoriae compensatis expensis würde die Wirkung des Urtheils verhindert, oder jener Eyd das Gewissen beunruhigen.

Bey der aus einem Eyde entspringenden Klage frägt man allein: An juratum sit? nicht aber: An debeatur? Nach dem Jure canon. wird jeder Eyd, der ohne Selengefahr

und Verletzung der Rechte eines Dritten gehalten werden kann, für verbindlich erklärt. Findet auch gleich wider ein eydliches Versprechen Restitutio in int. Statt: so halten doch Theologen und Rechtsgelehrten quoad conscientiam für sicherer, dem Eyde nachzukommen *). Es ist auch überhaupt vernünftiger, einen Eyd nicht abzulegen, davon man hernach wieder quitt und los zu werden, durch Zusammenhaltung aller Argumente und Folgerungen glauben kann.

Ohnedas wird Cautio pro expensis mit Einsetzung der Güter, und nur in subsidium eydlich prästirt. Da nun die Appellanten nach der ihnen vorgelegten Formul die Caution pro expensis mit dem Gewissen und nach dem Decreto vom 13. May 1785 (§. 14. in fine) zugleich mit Gütern prästiren sollten: so war eines oder das andere überflüssig.

§. 29.

c) Die Entsagung der in den Reichsgesetzen gegründeten Rechtsmittel der Restitution und Revision ist von gleichem Gehalte. Ihre Zulassung hängt von dem reichsgerichtlichen Ermessen ab, und kein ständisches Gericht, dessen

---

*) Lauterbach Coll. theor. pract. l. 12. tit. 2. §. 29.

dessen Jurisdiction post devolutionem so lange ruht, bis die Sache zurück verwiesen wird, kann solche den Partheyen entziehen.

§. 30.

d) Mit der Caution für die Hauptsache ist es eben so beschaffen. Das Privilegium redet allein von den Expensis und Kosten, so wie auch mehrere andere Privilegia nur hierauf gerichtet sind. Die H. G. O. Tit. 69, und der Bescheid vom 13. May stellen solche auf das judicatum solvi, und sind also wiederum für eine Erweiterung des Privilegii anzusehen.

§. 31.

Und wenn gleich nach dem Anführen des von der Justitzkanzley zu Wolfenbüttel erlassenen Bescheides vom 11. Jan. 1786 (vid. §. 20.) die von Kaiser Ferdinand im Jahre 1559 bestättigte Hofgerichtsordnung von 1556 ähnliche Formalien enthält: so steht doch dahin, ob solche bey dem Kammergerichte insinuirt worden ist. Wenigstens ist sie in dem bey der jüngsten Visitation vorgekommenen Verzeichniß der insinuirten Landesordnungen und Statuten so wenig, als die neuere Braunschweigische Hofgerichtsordnung von 1663 befindlich.

§. 32.

In den an das kais. Kammergericht devolvirten Sachen wird der Modus procedendi nach

den Reichsgesetzen, und der Solemnienpunkt nach den Privilegien, und nicht nach den Landesgesetzen bestimmt.

Auf die Privilegien wird das Kammergericht im §. 117. J. R. A. ratione Solemnium ausdrücklich angewiesen. Aus diesen, nicht aber aus den Landesordnungen, soll nach dem R. A. 1570 §. 70, D. A. 1600 §. 18, und J. R. A. §. 111. eine Tabelle gemacht, und solche in den Rathsstuben angeschlagen werden.

Sollten sich die Assessores bey Erkennung der Processe nach öfters abgeändert werdenden Landesgesetzen richten: so würden sie sich oft in der größten Verlegenheit finden. Nur bey Entscheidung der Sache sieht man auf die besonders vorgelegten Landesordnungen, in ordine ad fundandum forum aber auf die Privilegia. Schreiben diese andere Formalia vor, als jene; so bindet sich das Kammergericht nur an erstere, das ist, an die Privilegia.

§. 33.

Das im Decreto vom 11. Jan. angeführte, seit Jahrhunderten ununterbrochen beybehaltene Herkommen giebt keinen Grund zur Einschränkung der kaiserlichen Reichsgerichtbarkeit, denn so lange keine Beschwerden wider die H. G. O. von 1663 von den Appellanten geführt worden sind, kann auch das

Kam-

Kammergericht von deren Inhalte keine Wissenschaft gehabt haben.

§. 34.

Gleichförmige Grundsätze stellte das kais. Reichskammergericht in seinem wegen einer gleichfalls aus dem Braunschweigischen herrührenden Appellationssache an den hohen Visitationsconseß den 5. Febr. 1774 erstatteten Berichte auf. Auch in jenem Falle wollte dem damaligen Appellanten von Honrodt die Formul der H. G. O. aufgedrungen, und nach deren Vorschrift die Caution auferlegt werden. Das Kammergericht erließ daher am 21. März 1772 eine Verordnung, daß Judicium a quo den Appellanten zu der im C. O. C. entworfenen, und im §. 43. J. R. A. bestätigten Formula juramenti auf sein Anmelden zu lassen gesinnt seyn werde; widrigenfalls dem Appellanten, sothanen Eyd hier in Camera gewöhnlichermaßen abzustatten, unbenommen, sondern vorbehalten seyn solle.

Eben so erging in Sachen von Grone wider den Herzogl. Braunschweigischen Anwalt Kern am 14. May 1781 die Erinnerung, die Appellanten in Ansehung des vi privilegii zu erstattenden Eydes über die Reichsgesetze und K. G. O. künftig nicht zu beschweren.

In Sachen Domkapituls zu Hildesheim wider die Gemeinde Braun wurde gleichfalls

im

im Jahre 1783 oder 1784 ein aus den nämlichen Grundsätzen geflossenes Loquatur bey Verfassung der Definitivae erlassen.

§. 35.

Bey der 1sten Frage: Nach welcher Form die Solemnia bey den Braunschweiglischen Gerichten zu leisten sind? ergiebt sich also der Schluß, daß die in dem Tit. 69 und 70 der oft angezogenen H. G. O. enthaltene Vorschrift nicht Statt habe, sondern solche nach Inhalte der im G. B. von 1656 (vid. retro §. 26.) vorgeschriebenen Formul einzurichten sey.

§. 36.

Ob aber der appellantische Anwalt deswegen befugt gewesen sey,

ad 2) die Solemnia ohne Anfrage bey diesem höchsten Reichsgerichte in termino reproductionis zu leisten, ist eine andere Frage: Wahr ist es in facto, daß schon vorher am 20. April 1785 nach Bremen Requisitoriales ergangen, (§. 14.) den Eyd nach Inhalte der H. G. O. abzunehmen, und im Decreto vom 13. May die Cautio auch auf die Hauptsache erstreckt worden; und vorhin ist es ausgeführt, daß solches nicht privilegienmäßig sey.

Einer-

Einerley ist es aber, einem Adpellanten die Solemnia zu verweigern, oder ihm solche aufzudringen, die mit den Reichsgesetzen und Privilegien nicht bestehen. Dahingegen verlangt der §. 117. J. R. A. den Adpellanten hierzu unweigerlich in einem engen Termin zu lassen, woraus der G. B. vom $\frac{8}{18}$ May 1668 pr. folgert, und den Adpellanten auflegt, den Eyd und die Caution in Camera in primo termino sub praejudicio desertionis zu leisten.

Auch war dem adpellantischen Anwalte aus einer andern gleichfalls aus dem Braunschweigischen herrührenden Adpellationssache Lylischen Concurses Contradictoris Pirscher wider Wolfenbüttelschen Magistrat bekannt, wie unabweichlich Judicium a quo auf diese Formalien halte; daher er wohl nicht vermuthen mogte, daß es in der Folge hiervon abgehen würde.

§. 37.

Weit vorsichtiger würde er inzwischen gehandelt haben, wenn er davon vorher die Anzeige gemacht hätte. Der gemeine Bescheid vom 13. Dec. 1659. §. 3. scheint solches zu erfodern, in verbis: „Da der Judex ad quem ex relevantibus causis das Juramentum in Camera zu prästiren bey Erkennung der Processe gestattet hätte.“

Ludolf

Ludolf in jure Cam. p. 180. schreibt daher: „Non sine gravi causa admittendus erit procurator ad praestanda Solemnia in Camera, quæ in judicio inferiore praestare oportebat, welches ein vorgängiges Decretum voraussetzt.

Auch in andern Braunschweigischen Sachen ist es eben so geschehen, daß nämlich der Anwalt vorher die Anzeige gemacht, und ein Decretum erwartete.

§. 38.

Allein ob diese Anzeige dergestalt nothwendig gewesen sey, daß ohne solche die Solemnia hier in Camera nicht prästirt werden dürften, dies läßt sich sogleich nicht folgern. Judex a quo hatte an seiner Seite alles gethan, was einer Verweigerung der Solemnien gleich kömmt: Appellant hingegen hat solche, so wie sie das Privilegium vorschreibt, in primo termino geleistet, und solche nach dem gemeinen Bescheide von 1668 sub praejudicio desertionis leisten müssen.

Diesen Actum für nichtig zu erklären, weil kein Decretum admissorium voraus gegangen, wäre eben so viel, als sothanes Decretum für ein novum formale anzusehen. Allein dieses sagt der G. B. von 1659 §. 3. nicht ausdrücklich, und citra legem darf solches nicht statuirt werden. Nach den Gesetzen müssen vielmehr die Handlungen in dubio

dio eher für rechtsbeständig, als für nichtig erklärt werden.

In den lütticher Sachen sieht man täglich, daß die Prästation der Solemnien in defectum judicis a quo, ohne vorausgegangene Bewilligung des Kammergerichts, vor Notario und Zeugen geschieht.

§. 39.

Und wenn es auch mehrmalen vorgekommen ist, daß die Appellanten über die Erschwerung der Solemnien die vorherige Anzeige gemacht haben: so entsteht hieraus doch noch keine Folge, daß solches sub poena nullitatis nothwendig sey.

Der Appellant konnte vielmehr schließen, daß, weil die oft erwähnte Eydes- und Cautionsformul der Hofgerichtsordnung schon mehrmalen verworfen worden, solche im vorliegenden Falle eben so anzusehen, und also kein besonderes Decretum nöthig sey.

Aus der zur Zeit, wo in Camera schon Solemnia prästirt waren, bey dem Judicio a quo übergebenen Justificationsschrift der Appellanten läßt sich auch keine dortige Litispendenz folgern, da aus dem darüber geführten Commissionsprotocolle erhellet, daß die Appellanten die Solemnienablegung aus der Ursache geweigert, weil sie solche bereits hieselbst geleistet hatten.

§. 40.

§. 40.

Wiewohl nun die in vorliegendem Falle alsbald hier in Camera geleisteten Solemnia für giltig zu halten sind: so kann doch dem adpellantischen Anwalte sein Unfleiß, wo er zumal alles, was puncto Solemnium bey dem Judicio a quo vorgegangen, verschwiegen hat, um so weniger ungeahndet hingehen, als sich kein Anwalt ein Arbitrium über die Frage: Ob ein höchster Reichsstand sein Privilegium intuitu Solemnium überschritten habe? anmaßen kann; daher er deshalb gestraft zu werden wohl verdiente.

§. 41.

Ob nun

ad 3) Judicium a quo die Wiederholung der in Camera schon prästirten Solemnien habe auflegen können? ist zu verneinen, da solches nicht mehr re integra geschehen ist. Die Adpellanten, welche die Solemnia einmal prästirt haben, können nicht weiter zu deren Wiederholung angehalten werden. Schon vor der Reproduction wußte es Judicium a quo, daß die Adpellanten nicht nach Inhalte der H. G. O. schwören und caviren, sondern beydes hieselbst prästiren wollten. Damals war es Zeit, ihnen eine andere privilegienmäßige Form vorzuschreiben: viele

Mo-

Monate hernach aber, post jam peracta Solemnia, war dies zu spät.

§. 42.

Die Antwort

ad 4) Ob die am 1. März eröfnete Desertoria bestehe? entwickelt sich aus dem bisher Angeführten. Solemnia waren bey dem Kammergerichte prästirt; wo über deren Rechtsbestand gestritten wurde: folglich war dieser Punkt, nach einmal devolvirter Sache a Camera, und nicht a judice a quo zu entscheiden.

Da Judicium a quo, mutando formulam Solemnium antea praescriptam, ipso facto anerkannt hatte, daß es vorhin zu weit gegangen: so hatte Appellant hierdurch ein Recht erhalten, die Solemnia zu prästiren, und konnte ihm deren Wiederholung nicht mehr aufgegeben werden.

§. 43.

Ohnedies war Judicium a quo noch im Decreto vom 11. Jan. (vid. §. 20.) der beständigen Meynung, daß der appellantische Advocat Otto in Gefolge Privilegii den Eyd vor demselben ablegen müsse, und requirirte hierüber den Bremischen Stadtrath. Dieses widerstreitet aber der beständigen Gerichtsobservanz, nach welcher zwar in causa privi-

legii der adpellantische Theil in Person vor dem Unterrichter schwört, der Advocat hingegen allemal in Camera imp. den Eyd ablegt.

Das Privilegium Brunsuicense redet ohne das nur allein von dem Adpellanten selbst und nicht von dessen Advocaten, und eben so der §. 117. J. R. A.

§. 44.

Diese erwähnte Observanz behauptet schon Roding in Pand Cam. L. 1. T. 26. n. 53: „Si privilegium praestationem juramenti in judicio a quo requirit, advocatus tamen processibus inseritur, & simul ad jurandum, vel videndum se incidisse in poenam non jurantis citatur, praxi ita docente; hinc nihil ipsum juvabit, etiamsi juramentum coram judice a quo praestiterit, & de eo fidem fecerit, prout quandoque solet contingere."

Das nämliche bekräftigt er L. 3. T. 2. n. 64, & T. 3. n. 87 nochmal, und mit ihm Bocken ad Blum. T. 48 n. 51.

Eben so bemerkt Gambs ad §. 117. R. J. N.: „Aliud obtinet in advocato adpellantis, qui non inferiori, sed superiori judicio juramentum de non frivole appellando praestare potest & debet."

§. 45.

§. 45.

Außer dem leidet die besondere Lage der Sache eine Desertoriam nicht, weil dadurch entschieden würde, daß der Magistrat zu Holzminden über die Questionem fori: Wohin die Hauptsache gehöre? erkennen könne. Hierdurch aber würde Sententia Bremensis auf einmal umgestoßen, und zugleich erklärt werden, daß solche nicht in die Rechtskraft habe schreiten können.

Allenfalls ist voraus zu sehen, daß die Appellanten, ob errorem Advocati vel Procuratoris, restitutionem in int. contra desertoriam suchen, und hierdurch neue Ambages processus veranlassen dürften. Denn es ist auch aus den Rationibus decidendi des Holzmindischen Magistrats voraus zu sehen, daß sich derselbe pro competente erklären, und hierdurch neue Appellationsprocesse ad Cameram erwachsen würden, mithin die Sache post varios casus & tot discrimina rerum dennoch in der nämlichen Lage zurückkehren werde, worin sie dermalen steht.

§. 46.

Zufolge der bisher gelieferten umständlichen Ausführung, wurde daher die eröfnete Desertoria, mit Vorbehalte des Herzoglichen Privilegii in andern applicablen Fällen (das ist nämlich, daß sonst allerdings dem

Adpellanten auﬂiegt, die, jedoch in bisher erwähnter gehöriger Form, zu verlangenden Solemnien coram judicio a quo sub poena desertionis zu prästiren) aufgehoben, der adpellantische Anwalt aber, weil er, ohne vorgängige specielle Anzeige der sich geäußerten Umstände, und ohne darüber einen Vorbescheid zu erwarten, für sich in termino reproductionis die Solemnia prästirt, in die Strafe einer Mark Silbers in den Armensäckel fällig erklärt. Die Kosten wurden stillschweigend compensirt, indem die Adpellanten bey der Sache nicht außer aller Schuld waren, und übrigens die fernern Verfügungen ratione instructionis causae erlassen, wie alles dies aus dem hier in extenso beygedruckten Urtheil zu ersehen ist.

Sententia publ. 13. Oct. 1786.

In Sachen Schröderischer Handlungscompagnie wider Holzminder Handlungscompagnie, unter der angeblichen Firma Dieterich Wilhelm Winkelmann, Adpellationis: Ist die durch Lt. Lange unterm 17 März a. c. extrajudicialiter übergebene Supplicam samt Anlagen ad acta zu registriren verordnet, darauf die von der Fürstlichen Justitzkanzley zu Wolfenbüttel unterm 1. März l. J. eröfnete Desertoriurtheil, des Herzogl. Braunschweigischen Privilegii in andern adplicirlichen Fällen jedoch vor-

vorbehaltlich, aufgehoben, sofort sind, statt der von Lt. Lange gebetenen arctiorum, adhuc ulteriores Compulsoriales hiermit erkannt, und ihm zu deren Reproduction sowohl, als auch Dri. Bostell zu Einbringung der Exceptionsschrift Zeit 6 Wochen respective zugelassen und sub praejudicio angesetzt. Dann ist wider gedachten Lt. Lange, um willen er ohne vorgängige specielle Anzeige der sich geäußerten Umstände, und ohne darüber den Vorbescheid zu erwarten, für sich in termino reproductionis die Solemnia prästirt, die Strafe einer Mark Silbers in den Armensäckel innerhalb 14 Tagen sub poena dupli & realis executionis zu entrichten, vorbehalten.

Dritter Rechtsfall

Actio ex Lege Aquilia, oder eine Entschädigungs- und Satisfactionsklage gegen den Richter, der in seinem Verfahren excedirt.

Innhalt.

§. 1. Einleitung.

Gegen den Richter, der in seinem Verfahren excedirt, Mißhandlungen und übertriebene Strenge ausübt, findet bekanntlich die Entschädigungs- und Satisfactionsklage statt; und er kann hiernach zum Ersatze alles zugefügten Schadens, in satisfactionem pro illatis injuriis, und außerdem noch in poenam arbitrariam verurtheilt werden. Dieser Satz bedarf keiner Ausführung. Desto umständlichere Erörterung erfordert aber bey dergleichen Sachen die Quaestio facti: Hat nämlich der Richter mit seinem Verfahren zuviel und unrecht gethan?

§. 2 — 79. Umständliche Geschichte eines Processes, worin die oben bemerkten Klagen angestellt waren.

§. 80 — 102. Beurtheilung in Betreff der Entschädigungsklage.

§. 103. Beurtheilung in Betreff der mitangestellten actionis injuriarum aestimatoriae.

§. 104. Bey dergleichen Aestimationen hat man vorzüglich 1) auf die Größe der Mißhandlung, und 2) auf die Umstände der mißhandelten Person Rücksicht zu nehmen.

§. 105. Die meisten Rechtslehrer sind der Meynung, daß bey der actione injuriarum aestimatoria immer geschworen werden müsse. Am Kammergerichte insbesondere pflegt sonst in dergleichen Fällen eine Praelocutoria auf Ablegung des Eydes vorauszugehen. Die Ursache davon ist ganz einfach, nämlich weil der Richter nur selten gewiß ist, ob er nicht taxando zu freygebig gewesen sey. Wenn man aber hiervon zuverläßig das Gegentheil weiß: so ist es unnöthig, die Sache mit einem überflüssigen Eyde aufzuhalten.

§. 106. Das am kaiserl. Reichskammergerichte den 13. Jun. 1787 eröffnete Urtheil, wodurch erkannt wurde, daß der beklagte Unterrichter, durch die vorgenommene Einsteckung des Klägers in das Zuchthaus und dessen schimpfliche Behandlung, zuviel und unrecht gethan habe, daher derselbe zur Wiedererseßung der abgenommenen Zuchthaus- und anderer Kosten, samt den Zinsen, auch dem Kläger pro satisfactione injuriarum die Summe von 1000 Rthl. zu bezahlen, verurtheilt ward.

Sodann ist bey der vorliegenden Sache zu bemerken, daß darin zugleich verschiedenes über die Materie von der Jurisdiction der reichsritterschaftlichen Directorien vorkommt, weshalb unter andern §. 88 u. 89. nachzusehen sind.

Einleitung.

§. 1.

Es ist bekannt, daß gegen den Richter, der in seinem Verfahren excedirt z. B. einen Unschuldigen arrestirt, oder auch einen Schuldigen, jedoch über die Gebühr, im Arreste zurück hält, ein geringes Verbrechen nach gleichem Maaßstabe eines Delicti atrocis ahndet, Zuchthausstrafen, die der dahin verurtheilte nicht verdient hat, erkennt, eine Civilsache in ein schimpfliches criminelles Verfahren einleitet, mit unerhörter Strenge vorgeht, kurz, gewaltthätig statt rechtlich verfährt, die Entschädigungs- und Satisfactionsklagen, actio in factum, oder ex Lege Aquilia, actio injuriarum aestimatoria, statt finden.

Daß sohin in Gefolge dieser Rechtsmittel der Richter, der in solchem Falle (wie der juristische Ausdruck lautet) *litem suam facere dicitur*, zum Ersatz alles zugefügten Schadens, in satisfactionem pro illatis injuriis, und außerdem noch in poenam arbitrariam verurtheilt werden kann: darüber ist eine rechtliche Ausführung überflüssig, denn diese Sätze sind allerdings unbestritten. Die quaestio facti: Hat nämlich der Richter mit seinem Verfahren zu viel und unrecht, & quidem ex proposito vel culpa lata, gethan? liegt daher.

daher in dergleichen Sachen hauptsächlich zu erörtern vor.

Ich will hierüber einen in mancherley Rücksicht merkwürdigen Rechtsfall erzählen.

Factum.

§. 2.

In Mommersheim, einem zur Oberrheinischen Reichsritterschaft gehörigen ganerbschaftlichen Orte, heyrathete im Jahr 1763 Christian Hammer, ein Sohn des Schuldheißen Joh. Michael Hammer, katholischer Religion, eine sichere Clara Barbara Weisen A. C.

Die Eheberedung geschah am 6. Dec. erwähnten Jahrs zu Weinolsheim in Gegenwart des dasigen Schultheißen des Gerichtschreibers auch des Joh. Georg Heumer.

§. 3.

Ob bey dieser Eheberedung auch der Religion der künftig zu erzeugenden Kinder gedacht worden sey, darüber sind in dem nachher entstandenen Processe die Partheyen streitig. Von einer Seite ist eine schriftliche original Eheberedung ad acta gebracht, worin der Kinder überhaupt gar nicht gedacht wird. Von der andern Seite hingegen wird behauptet, daß wirklich solche Ehepacten, welche die Religion der Kinder bestimmten, vorhanden gewesen, vom Vater der Braut aber nachher zerrissen worden seyen.

§. 4.

Die erwähnten bey der Eheberedung gegenwärtig gewesene Schultheis und Gerichtschreiber Heumer von Weinolsheim hingegen bezeugen in verbis.

„Nachdeme in Anno 1763 sich Christian Hammer und Clara Barbara Weisen in ihrer, der Zeugen, Gegenwart ehelich verlobt; so hätten dieselbe ihre Eheberedung unter folgenden Worten betheurt: Dafern ihnen der liebe Gott Leibeserben verleihen wolle, so sollten solche so weib- als männlichen Geschlechts ohne Ausnahm in der katholischen Religion getauft, erzogen und lebenslänglich belassen werden, und wenn auch gleichwohl eines von oben benannten Eheleuten vor dem andern versterben sollte, so sollten die Kinder jedennoch in solcher katholischen Religion ungestöhrt erhalten werden."

§. 5.

Am 12. Dec. 1763 erschienen Braut und Bräutigam, samt des letztern Vater, vor dem Erzbischöflichen Vicariat zu Maynz. Das Protokoll lautet dahin:

„Erschienen beyde Theile persönlich und des Sponsi Vater, anzeigend, daß beyde sich zu verehlichen gesonnen, die Sponsa auch in den schriftlichen Ehepacten sowohl, als mündlichen, versprochen, sämtliche Leibeserben sowohl männlichen als weiblichen Ge-

schlechtes

schlechtes katholisch erziehen zu lassen, der Braut Vater aber wegen dieser Ursache entgegen sey, mit Bitte, daß beyde kopulirt werden mögten. *Decretum:* Würde der Vater des Sponsi die Concession dazu von dem adelichen Burgermeister zu Mommersheim schriftlich beybringen, so wird die Erlaubniß hiermit ertheilt."

§. 6.

Den 5. März 1764 vergleicht sich Christian Hammer mit seinem Schwiegervater zu Mommersheim, und verspricht seines Orts:

Daß, wenn er mit seiner Frau Kinder zeugen würde, nach dortiger Nachbarschaft auch Orts Gewohnheit und Rechten, was weiblichen Geschlechts ist, nach der Mutter, mithin in der Evangelisch-lutherischen Kirche getauft und in dieser Religion auferzogen, dagegen dann auch die Söhne nach seiner, als der katholischen, Religion getauft und erzogen werden sollten.

§. 7.

Im Monat März 1766 gebahr die Hammerische Ehefrau einen Sohn Jacob. Ob derselbe wirklich katholisch getauft worden? ist in actis ausdrücklich nicht gesagt, doch auch nicht widersprochen worden, und allem Anschein nach richtig.

§. 8.

Den 25. Jul. 1768 gebahr sie eine Tochter.

ter. Tags darauf, den 26. stellten die Zeugen über die Frage: in welcher Religion die Hammerischen Kinder zu erziehen seyen? das oben §. 4. erwähnte Attestat aus.

Der Vater Christian Hammer, und sonderlich der Großvater Michael Hammer, wollten das Kind katholisch getauft wissen. Die Mutter hingegen und ihre Verwandte wollten dasselbe durchaus von dem Pfarrer A. C. taufen lassen. Der Vater war selbst nicht in Mommersheim, als der Großvater sein Vorhaben mit Gewalt durchzusetzen suchte.

§. 9.

Gedachter Vater schrieb an die Kindbetterin, seine Frau, ein Billet in folgenden Worten:

„Weilen du mir sagen läßt, ich hätte zu Harzheim im Wirthshaus ein sehr loses Maul gehabt, daß ich doch nicht dahin gekommen, so wahr als Gott und die heiligste Dreyfaltigkeit lebt, du must den Leuten nicht alles glauben, dann sie lügen sehr viel, da du weist, was wir geredet haben, ehe ich bin von dir gegangen, dabey soll es bleiben."

§. 10.

Den 27. Jul. befahl der eine Ganerbe, Freyherr v. Wallbaum, und zwar, wie er sagt, in Abwesenheit des v. Bechtolsheim von tragenden adelichen Oberschuldheißen Amts wegen,

gen, daß das Kind von dem Pfarrer A C. getauft werden solle.

Dagegen befahlen am nämlichen Tage die katholische Ganherren v. Weyhers und v. Dahlberg, mit Bezug auf das Weinolsheimer Attestat und das Maynzische Vicariats-Protocoll, daß die Taufe quaest. von dem katholischen Pfarrer verrichtet werden solle.

§. 11.

Unterm nämlichen Dato schrieb auch das kurpfälzische Oberamt Alzey an das Oberrheinische Ritter-Directorium: Es habe der in dem lehenvogteylichen Ort Mommersheim wohnende Christian Hammer beym Oberamt sich beschwert, welchergestalt er 1763 mit seiner Frau wirkliche Ehepacten, die auch nachher von dem Vicariat zu Mannz confirmirt worden seyen, dahin errichtet habe: Daß alle Kinder ohne Unterschied katholisch werden sollten. Dagegen wolle dermalen der Pfarrer A. C., da die Hammerin mit einer Tochter niedergekommen, den Taufactum verrichten.

Wenn nun nicht abzusehen sey, wie gedachter Pfarrer gegen die Religions-Deklaration, die ohnedem in den lehnvogteylichen Orten die Richtschnur seyn müsse, sich so was anmaßen möge: Als habe kurpfälzisches Oberamt die Ritterschaft ersuchen wollen, diesen Pfarrer in Gemäßheit der angeführten Religions-

ons-Deklaration anzuweisen, daß derselbe hier-von abstehen und den katholischen Geistlichen in mehrbemeldtem Tauf-actu ungestöhrt belassen müsse.

§. 12.

Die hier angezogene kurpfälzische Religions-Deklaration ist vom 21. Nov. 1705 und sagt quoad passum concernentem:

„In matrimoniis mixtis steht den Eltern frey, ihre Kinder in der Religion taufen zu lassen und zu erziehen, wie es die Ehegerichtsordnungsmäßige Ehepacten, oder ihre stante matrimonio beschehene authentische Abrede mit sich bringt, wo aber weder Ehepacten, noch dergleichen Abreden, so viel diesen Punkt betrift, befindlich, da folgen die Kinder dem capiti familiae, jedoch bleibt ihnen die vollkommene Gewissensfreyheit, wenn sie ad annos discretionis kommen, auch dem leztlebenden Vater oder Mutter bevor, die Kinder nach Belieben in ihrer Religion zu erziehen."

§. 13.

Das Schreiben des kurpfälzischen Oberamts kam dem Ritter-directorio am 1. Aug. zu Handen, und dieses beschloß am 2. Aug. „Es wäre dem Pfarrer A. C. zu Mommersheim zu befehlen, daß derselbe die dasigen katholischen Geistlichen in dem Tauf-actu des hammerischen Mädgens in Absicht auf die vorhan-

handene und confirmirte Ehepacten sowohl, als die kurpfälzische Religions-Declaration ungestöhrt belassen, so fort, wenn dieses geschehen, anzeige, oder aber den allenfallsigen Anstand ad Directorium gelangen lassen solle. Wovon dann dem kurpfälzischen Oberamt die Nachricht zu ertheilen sey.

§. 14.

Tags darauf am 3. ejusd. wurde das Schreiben in Gemäßheit Conclusi an den Pfarrer A. C. wirklich expedirt. Dieser berichtete sogleich am 7. ejusd weitläuftig: Er habe sich auf vieles Bitten der Kindbetterin und ihrer Anverwandten, und auf Befehl des Freyherrn v. Wallbaum bewegen lassen, den Tauf actum um so eher vorzunehmen, als ohnehin in diesem Stück die Augsb. Conf. Verwandte von den katholischen nicht differirten. Er bezog sich zugleich auf die Original-Ehepacten, worin nichts von der Religion stehe (§. 3.) und dann auf den nachherigen Vergleich zwischen dem Vater der Kindbetterin und seinem Schwiegersohn (§. 6.). Auch legte er das oben §. 8. schon erwähnte Billet des Christian Hammers an seine Frau bey, welches nach bereits geschehener Taufe eingelaufen sey, und beweise, daß derselbe mit seiner Frau verstanden gewesen, und sich blos aus der Ursache entfernt habe, um den Vorwürfen seiner Glaubensgenossen zu entgehen.

§. 15.

§. 15.

Hierauf wurde den 19. ejusd. dem Schultheißen Joh. Mich. Hammer befohlen: das bey kurpfälzischem Oberamt Alzey vorgebrachte Angeben, als ob zwischen seinem Sohn und dessen Ehefrau die Ehepacten dahin errichtet worden, daß alle Kinder ohne Unterschied in katholischer Religion erzogen werden sollen, behörig nicht nur zu erweisen, sondern auch sothanen Beweis den 29. ejusd. zum ritterschaftlichen Protokoll zu geben.

§. 16.

Der Schultheiß Hammer säumte sich nicht; Er bezog sich gleich andern Tages wegen des ihm auferlegten Beweises blos auf das von Schultheiß und Gericht zu Weinolsheim ausgestellte Attestat, sodann das protocollum Vicariatus Moguntini. Uebrigens gab er vor, daß der alte Weis (der Schwiegervater) die in forma authentica schriftlich errichtete Ehepacten errichtet habe.

§. 17.

Den 25. Oct. ejusd. anni starb dieses Hammerische Mädchen, und auch noch im selbigen Jahre starb der Vater Christian Hammer.

Ein Jahr darauf den 31. Oct. 1769 schritt die Wittwe Hammerin zur zweyten Ehe mit Ludwig Leonhard Caspar Fischer, ehemalig freyherrl. von Wallbrunnischen Amtmann

mann zu Mommersheim und wirklichen Herzoglich-Weimarischen Hofadvocaten.

§. 18.

An gedachtem 31. Oct. 1769 erschien Joh. Mich. Hammer bey dem ganerbschaftlich-v. Wallbrunnischen Amt, und zeigte ad protocollum an: Daß die Fischerischen Eheleute Willens wären, sein Enkelchen mit sich in Sachsen zu schleppen, da doch sein verstorbener Sohn mit seiner Frau Ehepacten gemacht, daß dieser Hammerische Pupill katholisch erzogen werden solle; Er wolle daher um herrschaftliche Verfügung gebeten haben.

Es ergieng hierauf folgendes *Decretum*:

Es wird dem Advocato Fischer und dessen Ehefrau, bey Vermeidung der Confiscation des beyderseitigen Vermögens, anbefohlen, den hammerischen Pupillen bis zu Austrag der Sache in loco zu lassen.

§. 19.

Hiergegen übergab Fischer am 9. Nov. eine Provocation an den adelichen Oberschultheißen Freyherrn v. Wallbrunn mit Bitte, die Acten dahin ad sententionandum einzusenden. Er beschwehrt sich in dieser Provocation, daß er nicht gehört sey, und bemerkt: daß das Kind schon zwey Tage vor erlassenem Dekret wirklich weg, seine Frau auch dazu befugt gewesen sey, weil die kurpfälzische Reli-

Bayerische Staatsbibliothek München

gionsdeclaration dem leztlebenden Ehegatten erlaube, die Kinder auch wider die Ehepacten in seiner Religion zu erziehen, überdem sey dem Amt bekannt, daß sie, Fischerische Eheleute, des Kindes Vermögen zu Mommersheim sub curatela zu lassen gesonnen, auch nicht gemeint seyen, das Kind zu einer andern Religion absolute anzuhalten, indem solches, wenn es ad annos discretionis komme, sich eine Religion wählen dürfe; oder sie seyen gar erforderlichen Falls erbietig, solches, ehe es noch einem Glauben zugeschworen habe, nach Mommersheim auf einige Zeit zu sistiren, und ihm sodann völlige Freyheit zu geben, welchen Glauben es wählen wolle, indem es ihnen nicht um den Glauben, sondern vielmehr um die Aufsicht über das Kind und dessen Verpflegung zu thun sey.

§. 20.

Das ganerbschaftliche Amt resolvirte hierauf den 10. ejusd.

„Retradatur dieses informe exhibitum mit dem Bedeuten, solches bescheidener, besonders in Betreff der erlassenen provisorischen Verordnung einzurichten, sodann die kurpfälzische Religionsdeclaration nicht zu mutiliren oder zu invertiren, sondern solche in copia vidimata quoad passum concernentem ad acta zu geben."

§. 21.

[library stamp]

§. 21.

Vier Tage nachher den 14 Nov. heißt es in dem ganerbschaftl. Amtsprotocoll: Es sey denuncirt worden, daß die Fischerin mit dem hammerischen Pupillen sich absentirt, und Fischer zum Nachtheil des Pupillen alles verkaufe.

Es ergieng daher ein Dekret, wodurch dem Pupillen Vormünder angeordnet, und die Verkaufung der Immobilien bis zu anderweiter Verordnung des Oberschultheißen Freyherrn v. Wallbrunn verboten wurde.

§. 22.

Fischer hingegen prosequirte eodem seine Appellation an Freyherrn von Wallbrunn unter Wiederhohlung der bey der Interposition bereits angeführten Gründe.

§. 23.

Um die nämliche Zeit wandte sich Joh. Mich. Hammer an das Oberrheinische Ritterdirectorium, und stellte daselbst vor: Es sey vorhin schon bekannt, was ungefähr vor zwey Jahren in Betreff der strittigen Taufhandlung des Christian Hammerischen Knäbleins, seines Enkels, vorgegangen; dieser Streit sey noch unentschieden, und jetzt habe die Fischerin das Kind in die Sächsischen lande gebracht, wohin ihr der Fischer nächstens zu folgen gesonnen sey; Hierdurch werde das gedachte Kind der ritterschaftlichen Jurisdiction, *lite ibidem pen-*

dente, entzogen; Er bitte daher, den Fischer mit Personal- und das Fischerische Vermögen mit Realarreste so lange zu belegen, bis das Kind ad locum unde restituirt seyn werde, wobey er sich dann erbiete, solches in seine großväterliche Verpflegung zu nehmen.

§. 24.

Den 23. Nov. wurde hierauf von der Ritterschaft ein Schreiben an den Freyherrn von Wallbrunn folgenden Inhalts resolvirt:

„Er werde sich gefallen lassen, bis zur Beendigung der noch unentschiedenen Klagsache sich entweder der Person des Fischers zu versichern, oder wenigstens denselben zur hinlänglichen Caution, daß er erfoderlichen Falls das Kind ad locum unde wieder beybringen wolle, um so mehr anzuhalten, je weniger sie (die Ritterschaft) nachgeben könne, daß mehr erwähntes Kind, *lite pendente*, ihrer Jurisdiction entzogen werde."

§. 25.

Dieses an den Freyherrn von Wallbrunn erlassene Schreiben blieb ganz ohne Antwort. auch die Sache selbst gänzlich auf sich erliegen, bis im Sept. 1771 die Fischerischen Eheleute aus Sachsen nach Mommersheim zurückkamen.

§. 26.

Gleich am 11. gedachten Monats Sept. machte Procurator Meiler, Namens des Schult-

Schultheißen Hammer, bey der Ritterschaft die Anzeige: Es befänden sich die Fischerischen Eheleute wirklich zu Mommersheim, hätten aber das Hammerische Kind zu Jungenheim zurückgelassen, petendo: Den Fischer so lange mit Personalarrest zu belegen, bis er das Kind wieder nach Mommersheim gebracht haben würde.

§. 27.

Die Ritterschaft resolvirte hierauf am 19. ejusd.

„Fiat monitorium in conformitate prioris an den adelichen H. Burgermeister zu Mommersheim, mit dem Anhang, daß bey weiterer dieser Sache Verzögerung man von Directorii wegen hierunter unmittelbar Hand einzuschlagen vermüßiget seyn werde."

§. 28.

Wahrscheinlich erfuhr die Ritterschaft nachher, daß nicht mehr Freyherr von Wallbrunn, sondern Freyherr von Greifenklau gegenwärtig im Amt stehe; es wurde also, statt an Freyherrn von Wallbrunn, zwey Tage später an den Freyherrl. von Greifenklauischen Beamten, Stadtgerichts Assessoren Dahm zu Maynz, das beschlossene rescribirt, in dem Schreiben selbst aber in verbis narrativis das Kind quaest. ein Mädchen genannt.

§. 29.

Der Beamte Dahm antwortete zweymal absque datis: Er habe sich auf den an ihn ergangenen Befehl, wegen des Hammerischen Söhnchens Jacob, einige Tage hernach ad locum Mommersheim begeben, um den Auftrag ins Werk zu richten, den Fischer aber daselbst nicht mehr angetroffen. Er habe daher die zurückgelassene Fischerin citirt, um ihr das gegen sie, Fischerische Eheleute, längst vorher schon erlassene, aber wider alles Vermuthen noch nicht insinuirte pönal Dekret, wodurch ihnen das Hammerische Kind bey 10 Rthl. Strafe herbeyzuschaffen anbefohlen worden, in faciem zu publiciren. Da nun Michael Hammer die personal Arretirung der Fischerin sowohl, als eine an das Amt zu Jugenheim zu erlassende Requisition nicht undienlich zu seyn erachtet: so habe er zwar letzteres, jedoch ohne allen Effect, expedirt, ersteres aber habe er einsweilen, jedoch mit so widrigem Erfolg tentiret, daß der Pfarrer A. C. und andere gegen ihn aufgestanden, und ihn mit vielen Drohungen, von seinem Vorhaben abzulassen, gewarnt hätten. Er habe sich daher begnügt, die Fischerin in die Strafe der 10 Rthl. fällig zu erklären und poenam dupli zu comminiren, auch den Realarrest auf die sämtliche Fischerische immobilia zu erneuern. Dabey aber habe er wohl bemerken können,

daß

daß es ganz unthunlich seyn werde, den Fischer in loco Mommersheim zu arretiren. Vor einigen Tagen habe er erfahren, daß die Fischerische Eheleute wieder in Mommersheim sich befänden und sich dorten niedersetzen wollten. Er müßte also dem Ritter-Directorio überlassen, seine Befehle selbst zu exequiren, wolle jedoch den Vorschlag thun: Ob nicht Fischer durch einige kurfürstliche Amtsreuter oder Husaren überfallen, sofort entweder nach Alzey in Haften oder auf andere Wege nach Maynz gebracht werden wolle.

§. 30.

Die Fischerin soll indessen räthlich gefunden haben, ihr Kind mit Ausgang des J. 1771, oder doch mit Anfang des J. 1772, von Jugenheim zu entfernen, und nach Heuchelheim bey Worms zu bringen.

§. 31.

Die Ritterschaft begnehmigte den Vorschlag des Beamten Dahm, und es wurde demnach am 3. März 1772 frühe um 6 Uhr Fischer in seiner Wohnung zu Mommersheim durch zwey kurpfälzische Amtsreuter und eben so viel kurpfälzische Husaren aufgehoben und in das pfälzische Ort Selsen gebracht.

Hier wurde er bis zum 6. März gefänglich aufbehalten, an diesem Tage aber weiter an die kurmaynzische Grenze gebracht, wo ihn zwey kurmaynzische Husaren in Empfang

nahmen, ihm eine sogenannte Brezel (welches so viel als Daumenschrauben seyn soll) anlegten, hieran einen Strick befestigten, und ihn auf solche Art neben den Pferden her nach Maynz brachten.

Bey ihrer Ankunft daselbst wurde er auf die Hauptwache, und von da weiter in das Zuchthaus geführet.

§. 32.

Hier in dem Zuchthause wurde er in Kost und Arbeit wie andere Züchtlinge gehalten, und erst unterm 11. ejusd. kam ihm ein Ritterschaftliches Dekret zu Handen:

Daß er das Hammerische Kind zu seinem Großvater zu schaffen, und sich des Arrestes zu entledigen habe.

§. 33.

Unterm 23. ejusd. suchte der arrestirte Fischer am kaiserl. Reichskammergerichte rechtliche Hülfe.

Sein Anwalt erzählte in sua supplica den ganzen Hergang der Arretirung, bescheinigte solchen aber mit nichts, als einem Zeugnisse des Johann und Georg Conrad Fries, auch Martin Friesens Wittwe unterschrieben. Er sagt hiernach: causa arresti könne keine andere seyn, als weil der Fischer den mehrmaligen und geschärften Befehlen des v. Greifenklauischen Beamten Dahm, das Hammerische Kind vor Amt zu sistiren, keine Parition gelei-

leistet, sondern dagegen die kurpfälzische Religions-Deklaration vorgeschützt habe, und bat, wider den Freyherrn v. Greifenklau und dessen Beamten Dahm ein Mandatum de relaxando captivum &c. restituendo expensas cum interesse & omni causa, una cum citatione ad videndum se condemnari ad satisfaciendum super injuriis atrocissimis ad 10000 millia florenorum zu erkennen.

Hierauf wurde gleich andern Tages Schreiben um Bericht an den Imploranten Freyherrn von Greifenklau dekretirt.

§. 34.

Die Insinuation geschah dem Beamten Dahm am 7. April.

Unterm 11. May meldete sich Jacob Sebenich Namens des arrestirten Fischer per notarium & testes um Gehabung des Berichtes bey dem Freyherrn v. Greifenklau, wurde aber von demselben an die Ritterschaft verwiesen.

Er verfügte sich also dahin, und erhielt von dem ritterschaftlichen Secretair zur Antwort: der Bericht werde erstattet, Fischer aber ehender nicht aus dem Zuchthause gelassen werden, bis er das Kind dem alten Hammer einliefern würde, weil er solches nach der kurpfälzischen Religionsdeklaration zu thun schuldig sey; auch seyen Hammerische Ehepacten vorhanden, nach welchen die Söhne katholisch erzogen werden sollten. Diese Ehepacten lägen

in originali bey dem Vikariat; die Ritterschaft habe copiam davon erhalten, und werde solche dem Bericht beylegen. Der Beamte Dahm habe sich zwar beschwert wegen den dem arrestirten Fischer von den Maynzischen Husaren zugefügten Mißhandlungen; diese aber habe die Ritterschaft nicht befohlen, und die Husaren seyen deshalb schon vernommen worden. Wenn der Fischer loßkomme und sich der Mißhandlungen halber beschwehre, so werde er auch gewiß hinlängliche Satisfaction erhalten.

§. 35.

Immittels schrieb Fischer unterm 13. Jun. an seine Frau, meldete ihr sehr kläglich seine Umstände, und bat sie, daß sie ihren Buben dem Großvater hingeben, und ihn auf solche Weise des Arrestes befreyen möge.

§. 36.

Die Ritterschaft erstattete eodem mense den von dem Freyherrn von Greifenklau verlangten Bericht. Sie sagt: Dahm habe den Fischer auf ihre Ordre arretirt, erzählt sodann das Factum vom Jahr 1768 an, zieht hieraus den Schluß, daß Fischer äußerst ungehorsam gewesen sey, und mithin ihre Verkehrungen verdient habe, läugnet die angebliche excessus, und gestehet blos, daß Arrestat, wie andere Züchtlinge, gehalten werde, und sein Brod, wenn er mehr verzehre, als er zahlen könne, mit leidentlichen Arbeiten verdienen müsse.

§. 37.

§. 37.

Am 20. Junius wurde dieser Bericht zum Gegenbericht communicirt. Letzterer kam den 8. Jul. ein. Es wird hierin überhaupt die ritterschaftliche Jurisdiction in Zweyfel gezogen, sodann gesagt:

Gegen die Auflagen des ganerbschaftlichen Amtes d. 31. Oct. 1769 habe Fischer Vorstellung gemacht, und seitdem sey ihm bis zu seiner Arretirung kein weiterer Befehl weder von den Ganerben, noch von der Ritterschaft zugekommen, mithin der Proceß von der Execution angefangen worden;

Fischer sey blos Stiefvater des Hammerischen Kindes, und habe mithin gar keine Gewalt über dasselbe.

Negatur die Existenz giltiger Ehepacten, es müsse also bey der kurpfälzischen Religionsdeclaration, nach welcher der Mutter frey stehe, ihr 6 jähriges Knäblein usque ad annos discretionis in ihrer Religion zu erziehen, sein Bewenden haben;

Fischer sitze im Zuchthause in dem erbärmlichsten Zustande, und seine Frau und Kinder seyen ob arrestum universale bonorum in die äußerste Noth versetzt.

§. 38.

In einem Nachtrag zu nur gedachtem Gegenbericht heißt es: die eigenen jenseitigen Beylagen bewiesen, daß nicht der Fischer, sondern

dern seine Frau das Kind im Jahr 1769 weggebracht; der Taufhandel des Hammerschen Mädchens de 1768 gehöre gar nicht hieher; es sey nicht glaublich, daß auch Ritterräthe A. C. Theil an diesem Verfahren hätten. Und in einer weitern Supplica wird angeführt, daß das 1768 gebohrne Hammerische Mädchen gestorben, und itzt blos vom Sohne die Frage sey.

§. 39.

Da das Decretum finale sobald nicht erfolgte, so übergab der Fischerische Anwalt am 4. Aug. und 8. Oct. 1772 noch weitere Supplicas pro maturatione Decreti.

Er beschwert sich darin über die fortwährende unmenschliche Behandlung des unschuldigen Fischers, und zeigte dabey an: der Vater der Fischerin sey plötzlich gestorben, und es habe sich unter dessen Papieren die schriftliche Eheberedung vom 6. Dec. 1763 vorgefunden, welche nichts von der Religion der Kinder enthalte.

Er bemüht sich ferner mit Zeugnissen zu beweisen, daß Fischer mit Verbringung des Kindes gar nichts zu schaffen gehabt habe; legt einige von dem Fischer aus dem Zuchthause geschriebene Briefe bey, woraus erhelle, daß er seines Orts den ritterschaftlichen Befehlen wegen Erziehung des Bubens in der katholischen Religion gerne pariren wollte, indessen aber schon eine tödtliche Krankheit ausgestanden habe.

Be-

Bemerkt noch, daß der alte Hammer den ihm puncto vorhanden seyn sollender Ehepacten von der Ritterschaft selbst am 1. Aug. 1768 auferlegten Beweis gar nie angetreten habe, und klagt endlich, daß der Fischerin nunmehr auch ihre väterliche Erbportion mit Arrest belegt worden sey.

§. 40.

Auf diese bisher erwähnte am kaiserl. Reichskammergerichte übergebene Vorstellungen ergeht aber endlich am 17. Oct. ein decretum pure denegatorium.

§. 41.

Kurz vorher unterm 9. ejusd. erließ der v. Greifenklauische Beamte Dahm an das Gericht zu Mommersheim nachstehendes Dekret:

„Auf den in der Fischerischen Inhaftirungssache, und deswegen in Betreff der Kosten bey der Wittwe Welsen (der Mutter der Fischerin) jüngsthin von Amtswegen demandirten Auspfändung ad 95 fl. werth, vom Gericht zu Mommersheim erlassenen Bericht, bleibt demselben hiemit unverhalten, daß, da bereits am 3. Oct. 1769 den Fischerischen Eheleuten, unter Confiscirung beyderseits Vermögens, anbefohlen worden, den Hammerischen Pupillen bis zum Austrag der Sache in loco zu belassen, dem aber bisher beständig entgegen gelebet wor-

worden; daher sothane Confiscation nunmehr von Amtswegen einsweilen dergestalt erkannt wird, daß das Gericht daselbst, bey Vermeidung 10 Rthl. Strafe, die in Kraft ritterschaftlicher Befehle de dato 13. März und 1. May a. c., wegen Heraustreibung der vermöge daselbst übergebener Specification sich ad 109 fl. 27 Kr. belaufenden Inhaftirungskosten, von Amtswegen demandirte Auspfändungen der Zöller Weisen Wittwe ad 95 fl. nicht nur also gleich Angesichts dieses zum Vollzug zu bringen hätte, sondern auch der Fischerin ein an Betrag ad 100 fl. wehrt seyendes Grundstück binnen 3 Tagen längstens plus offerenti zu versteigern, und das erlößte Geld innerhalb 8 Tagen bey Amt einzuliefern hätte."

§. 42.

Die Fischerin übergiebt hiergegen eine Protestation bey der Ritterschaft, worin sie sich ad litis pendentiam cameralem bezieht.

§. 43.

Den 19. Nov. 1772 bittet der Fischerische Anwalt am kaiserl. Reichskammergerichte pro constitutione Correferentis et adjunctione senatus, und nochmahl um das vorhin öfters nachgesuchte Mandat. Er legt dieser Supplik das eben angeführte Dekret vom 9. Oct. (§. 41.) bey, und beruft sich auf ein an ihn ergangenes Schreiben des Ganherrn

Frey-

Freyherrn v. Wallbrunn, worinn dieser sich äußert: Er könne ein so entsetzliches Unternehmen von der ganzen Ritterschaft kaum glauben, um so weniger, als derselben gar keine Jurisdiktion in dem lediglich der Ganerbschaft unterworfenen Ort Mommersheim competire. Es sey alles ohne Vorwissen der Ganherrn geschehen, auf Anstiften des verschiedener grausamen Verbrechen halber von dem katholischen Mitherrn von Dienheim suspendirten ehemaligen Gannherrschaftlichen Schultheißen Michael Hammer.

§. 44.

Doch auch auf diese weitere Vorstellung und ulteriorem deductionem erfolgte am Reichskammergericht am 23. ejusd. abermal ein Decretum inhaesive pure denegatorium.

§. 45.

Am 27. ejusd. erbietet sich die Fischerin, ihr Kind nach Mommersheim zurückzubringen, und bittet, dieses Erbieten anzunehmen, sodann die Personal- und Real-Arreste zu relaxiren, auch zu verordnen, daß die Frage: In welcher Religion ihr Kind zu erziehen sey? vor dem Ganerbschaftlichen Amt zwischen ihr und Hammer entschieden werden solle.

§. 46.

Ihr Anwalt wiederholt dieses Gesuch in supplica vom 8. Febr. 1773, und hierauf ergieng

gieng sodann am Kammergerichte den 11. ejusd. folgendes

Decretum:

N. z. Z. abgeschlagen, sondern würde Supplicantens Principalin das wider die Verordnung der Ortsherrschaft zu Mommersheim weggebrachte Kind ad locum unde, worin selbiges zur Zeit des von gedachter Ortsherschaft ertheilten Dekrets vom 31. Oct. 1769 (vid. retro §. 18.) sich befunden, restituiren, solches dem beklagten Ritter-Directorio geziemend anzeigen, und daß selbige nichts desto weniger wegen der Entlassung ihres Mannes aus der gefänglichen Haft enthöret worden sey, glaubwürdig beybringen, soll ferner ergehen, was Recht ist.

§. 47.

Die Fischerin hatte, noch ehe dieses kammergerichtliche Dekret erging, sich auch bey dem ganerbschaftlichen Beamten Wagner zur Herbeyschaffung des Kindes verstanden, und dieser hatte hierüber an die Ritterschaft berichtet, mit dem Zusatze: Sie, die Fischerin, habe sich auch erboten, das Kind in die katholische Schule zu schicken, auch die Zuchthauskosten zu bezahlen. Die Fischerin aber läugnet dieses weitere Erbieten.

Auf den eben erwähnten wagnerischen Bericht erging am nämlichen 11. Febr., wo auch das

das Decretum camerale erfolgte, das ritterschaftliche Conclusum:

„Es wäre das Erbieten der Fischerin, jedoch anders nicht, anzunehmen, als erga sufficientem cautionem realem, daß sie nicht allein das Kind in die katholische Schul schicken, sondern auch solches in dem katholischen Glauben erziehen und geschehen lassen wolle, daß von Zeit zu Zeit, ob hierunter etwas vernachlässigt worden, untersucht werde, auch solches Kind auf keinerley Weise weggeben, sondern an einen Ort, den sie nahmhaft zu machen habe, für allezeit belassen solle.“

§. 48.

Schon den 18. ejusd. sistirt die Fischerin ihr Kind dem Gerichte zu Memmersheim, und macht per supplicam de eod. der Ritterschaft davon Anzeige. Auch implorirt sie die Ganherrn, daß dieselbe den alten Hammer nunmehr, wo das Kind ad locum unde wirklich restituirt sey, zum Beweis der angeblichen Ehepacten anhalten mögten, insinuirt sofort am 23. ejusd. der Ritterschaft die kammergerichtliche Ordination, und erhält eod. daselbst zur Resolution: Daß, dafern sie die bisherigen Kosten entrichten würde, ihr Mann sogleich des Arrestes entledigt werden solle.

§. 49.

Am 13. März macht der Fischerische Anwalt am Kammergerichte eine Befolgungsanzeige des unterm 11. Febr. ergangnen Dekrets, beschwehrt sich, daß die Loßlassung des Fischers von der Ritterschaft nicht anders, als gegen Zahlung der Kosten geschehen wolle, und bittet pro nunc decernendo Mandato, erhält aber am 23. ejusd. das weitere Dekret:

Noch zur Zeit abgeschlagen, sondern wird beklagte Ritterschaft, den auf das Fischerische Vermögen gelegten Arrest so gleich aufzuheben, Supplicantens Principalin aber, die durch ihren Ehemann im Zuchthause verursachte Kosten entweder baar oder durch annehmliche Caution zu berichtigen, angewiesen.

§. 50.

Noch vor diesem Dekret gleich am 19. Febr. dekretirte die Wittwe Wallbrunn auf oben gedachtes Ansuchen der Fischerin wider den alten Hammer (§. 48.), daß derselbe nunmehr sub praejudicio desertae probationis seinen Beweis der Ehepacten quaest. einbringen, immittels aber das Kind der Mutter belassen solle.

§. 51.

Unterm 27. März beruft sich die Fischerin in einer an die Ritterschaft gestellten Supplik auf das so eben angeführte weitere Decretum

came-

camerale vom 23. ejusd.; zeigt dabey an, daß es ihr notorisch an baarem Geld fehle, sie aber gleichwohl bereit sey, zu Folge der kammergerichtlichen Verordnung die Zuchthauskosten ohne alle Einrede zu zahlen, und sich zu dem Ende hiermit erbiete, alsbald relaxato arresto auf ihre liegende Grundstücke ein Capital aufzunehmen, und durch den Darleiher die Zahlung leisten zu lassen. Sie bitte daher, den in bona & personam angelegten Arrest nunmehr zu relaxiren.

§. 52.

Die Fischerin hat diese Supplik am 29ᵗ ejusd. bey der Ritterschaft übergeben, und zu dem Ende auch am nämlichen Tage mehrgedachtes Decretum camerale vom 23. der Ritterschaft insinuiren lassen, darauf aber andern Tags die Resolution erhalten:

Würde Supplicantin die bisher aufgegangene Kosten, in Gemäßheit des kammergerichtlichen Dekrets entweder baar erlegen, oder eine annehmliche Caution beybringen, so soll alsdann puncto des auf das Fischerische Vermögen gelegten Arrestes ferner ergehen, was Rechtens:

§. 53.

Noch am nämlichen Tage erschien Jac. Sevenich Gemeinsmann von Mommersheim bey der Ritterschaft, und erklärte, daß er den baaren Zuchthauskostenertrag dem Zuchthaus-

verwalter mit 91 fl. erlegen, nunmehr also um Entlassung des Fischers nochmal gebethen haben wolle. Er erhielt zur Resolution unterm 1. April:

Würde er die Quitung über die wirklich bezahlte Kosten beybringen, so ergienge alsdann nähere Entschließung.

Eodem ließ derselbe die verlangte Quitung per Notarium der Ritterschaft insinuiren.

§. 54.

Ehe aber noch ein weiteres Conclusum erfolgte, kam andern Tags den 2 April der alte Hammer ebenfalls zur Ritterschaft, und gab vor: vernommen zu haben, daß Fischer seines Arrestes entlassen werden solle, mit der Bitte, denselben annoch vor allem zur Bezahlung der Capturkosten a 101 fl. und der Kanzleygebühren anzuhalten.

Es ergieng hierauf eod. das weitere Conclusum:

Daß die Fischerin zuvorderst auch diese Capturkosten und Kanzleygebühren, auch ritterschaftliche Proceßkosten zu bezahlen, und das Kind dem Großvater zur Verwahrung zu übergeben hätte, wo sodann der Arrestant auf freyen Fuß gesetzt werden solle.

§. 55.

Auf weiteres Ansuchen des Michael Hammer de 5. ejusd. dekretirte das Ritter-

Di-

Direktorium am folgenden Tag, nämlich den 6. April 1773 daß die Fischerin auch noch eine weitere Kosten-Specification à 30 fl. 57 Kr. bezahlen, und das Kind dem Supplicanten hinausgeben solle, wobey sich dann das Ritterdirectorium zugleich gegen das hier oben bemerkte v. Wallbrunsche Dekret vom 19. Febr. (§. 50.) ausdrüklich verwahrte.

§. 56.

In Gemäßheit nur gedachter Verwahrung schrieb auch die Ritterschaft unterm 7. ejusd. an die Wittwe von Wallbrunn, und verwies derselben ihr anmaßliches Dekretiren.

§. 57.

Am 17. ejusd. macht der Fischerische Anwalt in Camera die Anzeige non secutae paritionis Decretorum cameralium, mit der Bitte pro nunc decernendo Mandato.

§. 58.

Unterm 22. ejusd. entschuldigt sich die Wittwe von Wallbrunn in einer Antwort an die Ritterschaft, daß ihr Dekret an Hammer keine üble Absicht gehabt habe, und bezieht sich übrigens ad litispendentiam cameralem.

Die Ritterschaft hingegen verbietet derselben nochmal in literis d. 8. May, sich der Sache weiter anzunehmen, äußert jedoch zugleich dabey, daß, falls ihr von dem Kammergerichte ein anderes würde befohlen werden,

sie sich solchen Befehlen ohne Anstand zu fügen bereit sey.

§. 59.

Unterm 25. May accusirt die Fischerin bey dem ganerbschaftlichen Amt zu Mommersheim wider den alten Hammer puncto probationis der Ehepacten contumaciam, und bittet solchen Beweis für desert zu erklären.

§. 60.

Am 27. ejusd. exhibirt ihr Anwalt in Camera einen von der Fischerin ausgestellten Cautionsschein, worin sich diese verbindet, auch die weitere Kosten zu bezahlen. Er wiederholt daher sein voriges Petitum pro Mandato, so wie er auch schon unterm 14. ejusd. deshalb pro maturando Decreto eingekommen war.

§. 61.

Den 3. Jun. erbietet sich auch die Fischerin in einer Vorstellung an die Ritterschaft zu gedachter Caution, und erwartet wenigstens nunmehr, da ihr durch die kammergerichtliche Decreta die Auslieferung des Kindes an den Großvater nicht aufgegeben worden sey, die Entlassung ihres Mannes. Sie erhält aber am 17. ejusd. von dem Ritter-Directorio nochmal zur Resolution:

Daß, dafern sie die Inhaftirungs-Procuratur-weitere Erhaltungs- und dergleichen Kosten baar erlegen, anbey das Kind dem Groß-

Großvater zur Erziehung übergeben haben würde, alsdann sogleich aller personal und real Arrest aufgehoben werden solle.

§. 62.

Am 22. Jun. insinuirte Kammerbot Severin der Ritterschaft eine Urkunde Decretorum cameralium, worunter auch das Dekret vom 23. März (vid. §. 49.) befindlich war. Die Ritterschaft dekretirte hierauf eod.:

Ad acta, und wird der auf das Fischerische Vermögen angelegte Arrest hiermit aufgehoben.

§. 63.

Unterm 29. ejusd. befiehlt die Ritterschaft dem ganerbschaftlichen Beamten Wagner zu Mommersheim, dafür zu sorgen, daß das Hammerische Kind nunmehr dem Großvater ausgeliefert werde.

Am 3. Jul. publicirt gedachter Beamte der Fischerin die ritterschaftliche Befehle sowohl puncto relaxationis arresti realis, als daß sie, die Fischerin, ihr Kind dem Großvater zu überlassen habe.

Wie sich nun dieselbe zu letzterm in der Güte nicht verstehen will, so wird ihr das Kind mit Gewalt weggenommen, und dem Großvater hingegeben.

§. 64.

Unterm 5. und 15. Jul. macht der Fischerische Anwalt von den bisherigen Verfügungen

der Ritterschaft in Camera die Anzeige, hält solche für offenbare contraventiones ordinationum cameralium, und bittet nunmehr um das oft vorhin nachgesuchte Mandat, sodann noch ferner um ein weiteres Mandat de exhibendo filium, und promotoriales an die Wittwe Wallbrunn zur Entscheidung der Frage: In welcher Religion das Kind zu erziehen sey?

§. 65.

Am 17. und 30. ejusd. auch 30. Aug. 1773 bittet die Fischerin sehr flehentlich pro maturando Decreto und läßt dabey unter andern vorkommen: Die Wittwe von Wallbrunn sey durch ihren katholischen Beamten dergestalt zaghaft gemacht worden, daß sie sich gar nicht mehr dieser Sache anzunehmen getraue.

§. 66.

Als nun aber auf alle diese Supplicas keine Resolution in Camera erfolgen wollte, wandte sich die Fischerin unterm 22. Sept. abermal an die Ritterschaft, und versprach, ihre Güter pro hypotheca setzen zu wollen, wenn nur ihr Mann endlich einmal des Arrestes befreyet würde. Sie erhielt am 24. ejusd. zum Bescheid:

Würde sie, ihrem Erbieten gemäß, die Zuchthauskosten nebst den Kanzleygebühren baar erlegen, die gerichtliche hypothecam auch

auch für den Hammerischen Vorschuß wirklich beybringen; so solle alsdann Fischer seines bisherigen Arrestes entlassen werden.

§. 67.

Tags darauf erschien der Pfarrer von Mommersheim bey der Ritterschaft, erlegte die verlangte Gelder und producirte auch die injungirte Hypothek. Hammer war damit zufrieden, und es wurde nunmehr die Loßlassung des Fischers dekretirt.

§. 68.

Den 12. Oct. zeigt der Fischerische Anwalt in camera an, daß Fischer seines Arrestes endlich befreyet worden sey, nachdem er vorher über die 91 fl. Zuchthauskosten, noch weiter 68 fl. baar bezahlen und für 300 fl. Caution gemacht habe. Er bittet nunmehr pro Mandato de resarciendo omnia damna, satisfaciendo super injuriis, et exhibendo filium.

§. 69.

Es blieben aber alle diese Supplicae so wie die vorhinigen lange unverbescheidet. Inzwischen bat Michael Hammer bey der Ritterschaft unterm 12. Jänner 1774, daß ihm zu seinen Kosten, wozu er das Geld aufgenommen, verholfen werden möge, und die Ritterschaft communicirte dieses Gesuch der Fischerin mit dem Anhang, daß sie den Kläger klag:

loß stellen, oder die Execution gewärtigen solle.

§. 70.

Unterm 27. ejusd. wiederhohlt der Fischerische Anwalt in einer fernern Supplication seine vorige petita, und führt in einer besondern Anlage noch weiter alle die harte Ereignisse an, die sein Principal Fischer zu ertragen gehabt habe, in Specie, daß ihm die Daumenschrauben, die ihm die Maynzer Husaren angelegt, blutige Wunden versetzt hätten.

§. 71.

Am 4. Febr. und 30. April 1774 macht er die fernere Anzeigen, daß seiner Principalschaft die Execution auf die eingelegte Hammerische Kosten bevorstehe, und wiederholt nochmal seine vorige Anträge.

§. 72.

Den 7. May befiehlt die Ritterschaft den Fischerischen Eheleuten inhaesive, den Hammer zu bezahlen, oder den Verkauf ihrer verpfändeten Güter zu gewärtigen.

Auch hiervon sowohl, als daß nunmehr der alte Hammer verstorben sey, macht der Fischerische Anwalt in Camera die Anzeige, und wiederholt seine vorigen Petita.

§. 73.

Am 15. Jun. 1774 erläßt die Wittwe von Wallbrunn ein Dekret an die Hammerischen Kinder, daß sie das Kind der Mutter wie-

wieder zurückgeben, diese aber solches in loco belassen und in die katholische Schule schicken solle.

§. 74.

Hingegen beschweren sich Conrad und Michael Hammer am 20. ejusd. bey der Ritterschaft, und zwar, daß gedachtes Kind der Mutter wirklich mit Gewalt zurückgegeben worden sey, wo doch dessen Taufpathen zu Weinolsheim solches zu sich zu nehmen und katholisch zu erziehen sich erboten hätten; sie bitten daher um schleunige Verfügung, welche dann auch noch eodem dahin ergieng: daß das Kind der Mutter zwar belassen, von dieser aber reale Caution, solches katholisch erziehen zu wollen, gestellt worden solle.

§. 75.

Der Fischerische Anwalt muß inzwischen in Camera durch ein Loquatur angewiesen worden seyn, pro Citatione einzukommen; Denn unterm 27. Octobr. 1774 exhibirt er Supplicam pro citatione, und sagt in deren Eingang: Zu Befolgung des ergangenen loquatur, daß er die Injurien und die Forderung, worauf libelliret worden, specifice angeben solle, sey zu bemerken: daß sein Principal der Herzoglich-Sächsische wirkliche Hofadvokat Fischer die erlittenen Injurien darinn setze, daß er als plane tertius & innocens auf Veranlassung des Oberrheinischen Ritter-

Di-

Directorii am 3. März 1772 von Mommersheim gewaltsam weggeschlept, gebunden in das Zuchthaus gebracht, und daselbst 19 Monate lang, ohne verklagt, vernommen oder mit seiner Defension gehört zu werden, Züchtlingsarbeit habe thun müssen, durch welche grausame Behandlung er Ehre und Gesundheit, so wie seine Frau ihr Vermögen eingebüßt habe. Uebrigens sey das Gesuch Fischerischer Eheleute pro restitutione damnorum & expensarum in vielen supplicis, in specie aber des Fischers Actio injuriarum aestimatoria in supplica de 27. Jan. 1774 enthalten (vid. §. 70.). Er bittet demnach pro citatione ad videndum se condemnari ad praestandam sufficientissimam resarcitionem & satisfactionem super damnis, expensis & injuriis atrocissimis, und zwar letztere die Satisfaction auf 10000 fl., sodann um die vorhin gebetene promotoriales und salvum conductum.

§. 76.

Am 28. März und 28. Nov. 1775 bittet er pro maturatione Decreti, und zugleich pro admissione ad jura pauperum. Er bemerkt noch in ultima supplica, daß nunmehr das Hammerische Kind extradirt worden sey, Fischer auch wegen der weitern Kosten à 300 fl., wofür er Caution habe machen

chen müssen, bisher keine weitere Anfechtung gehabt habe.

§. 76.

Auf diese supplicas ist endlich am 4. Decemb. 1775 die gebetene Citation erkannt, sodann sich zur Ritterschaft versehen worden, daß sie den klagenden Eheleuten ihren ad Cameram genommenen Recurs nicht werde entgelten lassen. Auch sind die Fischerischen Eheleute zu dem Armenrecht zugelassen worden.

§. 77.

Am 27. März 1776 reproducirte der Fischerische Anwalt die ausgegangenen Processe, und am 26. Aug. ejusd. a. läßt die Ritterschaft durch ihren Anwalt die Exceptiones übergeben.

Sie sucht hierin, mittels weitläuftiger Erzählung des ganzen Verlaufs der Sache, zu beweisen, daß Fischer extreme contumax sey, und sich also sein Schicksal selbst zugezogen habe.

Sie erhebt dabey gar sehr den Umstand, daß auf die Supplicationen der Fischerin mera Decreta denegatoria erfolget seyen, mithin ihr Verfahren bis dahin von dem Kammergericht begnehmiget worden, und daß, wenn im Gegentheil das Kammergericht ihr, der Ritterschaft, andere Befehle würde haben zugehen lassen, sie solche ohne Anstand ganz bereitwillig befolgt haben würde.

End-

Endlich aber glaubt sie nicht, daß sie dadurch, weil sie von dem Fischer nachher auch noch die Capturkosten gefordert, und der Fischerin die Auslieferung des Kindes an den Großvater befohlen habe, den kammergerichtlichen Verordnungen entgegen gehandelt habe, indem es ihr geschienen, daß zwischen den Captur- und Zuchthauskosten ganz kein Unterschied sey, und mithin Fischer, der vermög eigenen Kameraldekretes leztere habe zahlen sollen (vid. §. 49) auch erstere allerdings abzuführen gehabt habe; wie dann auch die Auslieferung des Kindes an den Großvater schon blos deswegen nöthig gewesen sey, weil seine Mutter solches in der katholischen Religion zu unterrichten und erziehen, theils nicht im Stande, gewiß aber nicht Willens gewesen sey.

Die Bitte gehet dahin: Die Citation wieder aufzuheben und vielmehr zu erkennen, daß die Kläger ihre Verläumdungen allenfalls mittels angemessener Leibesstrafe zu büßen, auch expensas litis zu restituiren schuldig seyen.

§. 78.

Am 19. May 1779 producirt der Fischerlsche Anwalt Replicas.

Er bestehet noch immer darauf, daß beym Abgang der Ehepacten der Fischerin frey gestan-

gestanden habe, ihr Kind in ihrer Religion zu erziehen.

Er beschuldigt sofort die Ritterschaft, daß sie das Hammerische Mädchen und den Knaben, vorsätzlich miteinander vermengt habe, und behauptet, daß der Knabe schon zwey Tage früher von Mommersheim weggebracht gewesen sey, ehe der Fischerin am 3. Oct. 1769 der erste Befehl, solchen daselbst zu belassen, von dem Amt zugekommen sey.

Er negirt, daß der Ritterschaft in dieser Sache überhaupt ein Erkenntniß gebühret habe.

Und glaubt endlich nicht, daß die vorherige Decreta denegatoria ihr, der Ritterschaft, etwas helfen mögten, indem die Sache vorhin noch nicht durchaus so aufgeklärt gewesen sey, auch würde Senatus extrajudicialis die Citation nicht erkannt haben, wenn sie von keiner Wirkung hätte seyn sollen;

Die Ritterschaft habe auch selbst, den Kameral-Ordinationen zuwider, die Erstattung noch weiterer Kosten vor der Entlassung von dem Fischer gefordert, und das Kind quaest. nicht blos ad locum unde, sondern ad locum, wo es vorhin gar nicht gewesen, zu restituiren befohlen.

Das Petitum gehet nunmehr noch etwas umständlicher dahin:

zu erkennen, daß beklagtes Ritter-Directorium durch anderthalbjährige Verstrickung des Fischers und den auf dessen und seiner Ehefrau Vermögen gelegten Arrest, so wie auch durch alles übrige in dieser Sache eingeklagte Verfahren unrecht und zuviel gethan, daher Beklagte die abgepreßte Zuchthaus- und andere Kosten à 91 fl. und 68 fl. verursachte Arzney- und Heilungskosten ad 40 fl. samt Zinsen, auch übrige zugefügte Schaden, praevia liquidatione & juramento in litem, ersetzen, in specie aber dem Fischer zur Genugthuung für ausgestandene Schmach, Schimpf, Schmerzen und Leibes-Beschädigung 10000 fl. bezahlen, und endlich den Fischerischen Eheleuten alle in dieser Sache aufgelaufene Proceß- und rechtmäßige extrajudicial-Kosten ersetzen solle.

§. 79.

Den 19. Febr. 1781 duplicirt der ritterschaftliche Anwalt. Er besteht auf seinen vorhin geäußerten Grundsätzen, nimmt es sehr übel, daß Fischer die ritterschaftliche Jurisdiction in Zweifel ziehen wolle, und wiederhohlt das Petitum Exceptionum.

Hierauf ist von den beyden Anwälten per Recessus orales de 14. und 16. März 1781 förmlich ad sententiam submittirt, und hiernach

nach nichts weiter mehr in der Sache verhandelt worden.

Beurtheilung.

§. 80.

Man muß vorläufig bey dieser Sache die eigentlichen Objecta litis von der bloßen ansa litigii sorgfältig unterscheiden. Letztere, das ist die Veranlassung zum Processe, gab der im März 1766 gebohrne Hammerische Sohn Jacob. Ob dieser Knabe katholisch, oder aber in der Religion der Mutter zu erziehen sey? war zwischen letzterer und des Kindes väterlichem Großvater Michael Hammer streitig. Er, der Knabe, ist nach dem Tode des Großvaters der Mutter wieder zurückgegeben worden, und es hat hierdurch das Petitum Mandati de extradendo filium von selbst cessirt.

§. 81.

Ueber die Frage: In welcher Religion dieses Kind zu erziehen sey? hätte eigentlich gleich damal inter partes ordentlich verfahren werden sollen, wo solches nach Mommersheim von der Mutter zurück gebracht war. Die Fischerin machte auch wirklich bey der Wittwe von Wallbrunn als damalige Oberschultheiß einen Versuch, die Sache zum Urtheil zu instruiren. Hammer wurde zum Beweise der angegebenen Ehepacten aufgerufen, und die

Wittwe von Wallbrunn präfigirte hierzu terminum.

Als aber die Ritterschaft dieses Verfahren als einen Eingriff in ihre Befugnisse ansah, und deswegen ernstliche Dehortatoria erließ, so half alles weitere Fischerische Anrufen nichts, sondern die Sache blieb unentschieden. Jedoch befahl selbst gedachte Wittwe von Wallbrunn eben damal, wo sie den Knaben seiner Mutter restituiren ließ, unterm 15. Jun. 1774 derselben, daß sie das Kind in die katholische Schule schicken solle. Als eine Entscheidung der strittigen Rechtsfrage kann aber dieser Befehl nicht angesehen werden, indem hierzu die Sache noch nicht instruirt war.

§. 82.

Die Ritterschaft gieng noch weiter: sie verlangte am 20. ejusd. von der Mutter sogar Realcaution, daß der Knabe katholisch erzogen werden wolle. Die Fischerin scheint aber weder eines, noch das andere befolgt zu haben. Wenigstens sagt die Ritterschaft selbst in duplicis, sie wisse nicht, was aus dem Kind geworden sey.

Immittels hatte der Junge, bis die Sache im J. 1787 bey dem kaiserl. Reichskammergerichte zur Definitiventscheidung kam, längst seine annos discretionis erreicht. Es war also zu spät, über seine Religion zu disponiren,

niren, daher desfalls in dem Urtheile hiervon gänzlich abstrahirt wurde.

§. 83.

Die Hauptfrage ist: Ob die Ritterschaft dem Fischer in der Art, wie sie überhaupt gegen ihn verfahren, zuviel und unrecht gethan habe?

Sie, die Ritterschaft, wollte dieses nicht eingestehen; sie behauptet: Fischer habe sich sein ganzes Schicksal per extremam contumaciam selbst zugezogen. Es ist also die Frage, worauf es hier ankömmt, im Grund eine bloße quaestio facti, die sich aber ohne weitere Beyhülfe schon blos aus dem vorausgeschickten chronologischen Facto mit aller Verlässigkeit entscheiden läßt.

Es läßt sich daraus nicht miskennen, daß die Ritterschaft hier bey diesem Handel durch mehr als eine Verfügung dem Fischer wirklich zu viel gethan hat. Zum Beweise dieser Behauptung braucht man aus dem obigen umständlichen Facto nur diejenigen Thatumstände in Erwägung zu ziehen, die der beklagten Ritterschaft unmittelbar entgegenstehen.

§. 84.

Nicht Sie, sondern der Ganerbschaftliche Beamte verordnete am 31. Oct. 1769 (§. 18.) daß die Fischerischen Eheleute bey Vermeidung der Confiscation ihres beyderseitigen Vermö-

gens den Hammerischen Knaben, bis zum Austrage der Sache, in loco Mommersheim belassen sollten. Fischer giebt vor: das Kind sey damals schon wirklich von Mommersheim weggebracht gewesen, und die Ritterschaft getrauet sich nicht, dieses assertum in specie zu widersprechen. Ja, was noch mehr ist, Fischer hat gleich damalen, wo ihm jene amtliche Verordnung zukam, diese Behauptung seiner Gegenvorstellung (§. 19.) unter andern Gründen ausdrücklich eingerückt.

Nun ist zwar dieser Umstand nicht ganz erheblich, weil, wenn es an dem war, daß das Kind vorhin schon von Mommersheim weggewesen ist, es sich wohl von selbst versteht, daß die Fischerischen Eheleute solches wieder zurück hätten schaffen sollen, und daß der Richter, der das eine verlangt, auch eo ipso das andere fordert. Es ist aber doch unstrittig das Vergehen letztern Falls bey weitem nicht so groß, als wenn sie erst nachher gegen ausdrücklichen Verbot des Richters das Kind entfernet hätten.

Ueberdem hat Fischer gegen diese amtliche Auflage sogleich protestirt und davon an den adelichen Oberschultheißen eine Provocation eingelegt. (§. 19.)

§. 85.

Wenn man nun auch überhaupt schon keine förmliche Appellation an den adelichen Ober-

Oberschultheißen statuiren kann: so mag dann doch hier genug seyn, daß der Beamte selbst solche angenommen hat, und die Parition seines Decreti vorerst nicht weiter verlangt, sondern sich vielmehr ausdrücklich erklärt hat, die weitere Verordnung des Oberschultheißen abwarten zu wollen.

Fischer hat auch diese seine Beschwerde an den Oberschultheißen Freyherrn von Wallbrunn wirklich prosequirt, wenigstens findet sich das desfalsige Concept libelli gravaminum bey den Akten. Ob solcher in der That übergeben worden, und ob ein Bescheid darauf erfolgt ist, davon constirt nun zwar nicht; auch ist das Gegentheil, daß kein Bescheid erfolgt, vielmehr wahrscheinlich.

Es kommt aber dann doch alles dieses dem Fischer dahin zu Statten, daß er behaupten kann, sich bey der amtlichen Auflage nicht schlechterdings beruhigt zu haben.

§. 86.

Kind und Frau waren bereits am 14. Nov. 1769 von Mommersheim weg (§. 21.) und er selbst ist denselben allem Ansehen nach gar bald gefolgt. Auf solche Weise ruhete der ganze Handel. Die Ritterschaft hatte bis dahin gar nichts damit zu schaffen gehabt.

Sie schrieb aber noch am 23. ejusd. mensis auf Anrufen des alten Hammers an den Freyherrn v. Wallbrunn, und verlangte,

daß sich derselbe entweder der Person des Fischers versichern, oder ihn wenigstens zur hinlänglichen Caution, daß er erforderlichen Falls das Kind ad locum unde wieder beybringen wolle, um so mehr anhalten möge, je weniger sie, die Ritterschaft, nachgeben könne, daß gedachtes Kind *lite pendente* ihrer Jurisdiction entzogen würde. (§. 23 und 24.)

Fischer wird bey Ankunft dieses Schreibens schwerlich mehr in Mommersheim zugegen gewesen seyn; es ist also möglich, daß er wenigstens damal gar nichts davon vernommen hat. Sicher aber ist dieses, daß ihm selbst vor seiner Abreise von der Ritterschaft nichts unmittelbar zugekommen ist.

§. 87.

Bey den Worten des eben erwähnten ritterschaftlichen Schreibens: daß das Kind *lite pendente* ihrer Jurisdiction nicht entzogen werde, sind immittels sogleich einige Bemerkungen zu machen.

Das *lite pendente* hatte offenbar seinen Bezug auf den kurz vorher streitigen Taufactum eines Hammerischen Kindes (§. 8. seq.), und es läßt sich gar nicht läugnen, daß sie, die Ritterschaft, bey dieser Stelle den Buben, wovon hier die Frage war, mit dem Mädchen verwechselt hat. Der alte Hammer war an dieser Verwechselung Schuld, indem er in seiner diesfalls an die Ritterschaft gestellten

ten Supplication ausdrücklich sagt, daß hier von dem Knaben die Frage sey, wegen dessen Tauf bey ihr, der Ritterschaft, noch lis pendens sey. (§. 23.)

§. 88.

Ueberhaupt aber kann man sich von der ganzen ritterschaftlichen Jurisdiction in dieser Sache noch keinen deutlichen Begriff machen.

Der Handel betraf eine Klage zweyer Unterthanen unter sich; das adeliche Amt hatte wirklich in der Sache dekretirt; es war weder eine Ordentliche Adpellation von jemanden an die Ritterschaft eingelegt worden, noch kann man auch einem ritterschaftlichen Canton so ein jus recipiendi adpellationes zugeben.

Es ist ganz gegen die notorische Verfassung der Ritterschaften, daß ein Directorium in erster Instanz eine der landesherrlichen Jurisdiction ganz gleiche Gerichtsbarkeit ausübe. Wenn auch ritterschaftliche Directoria eine Instanz haben, so besteht doch solche nicht darinn, daß die Unterthanen von den Gerichten ihrer Herren an jene adpelliren sollten, sondern sie sind nur für causas membrorum inter se et subditorum contra dominos bestimmt. Nicht einmal super nullitatibus oder denegata vel protracta Justitia steht den mit einer Instanz versehenen Directoriis eine Cognition zu. Die unmittelbaren Mit-

glieder der Reichsritterschaften hangen in der Ausübung ihrer ihnen proprio jure zustehenden Gerichtsbarkeit von Niemanden, als von den höchsten Reichsgerichten ab. Dies sind die Grundsätze, welche das kaiserliche Reichskammergericht schon längst über diese Materie aufgestellt hat, so wie man solches bey Ludolf und Cramer erwähnt findet.

Allein gesetzt auch, es fände eine Appellation, wie in der vorliegenden Sache von Seiten des ritterschaftlichen Directorii behauptet werden will, statt, so würde doch niemal hieraus eine Gerichtsbarkeit in erster Instanz in criminalibus et ecclesiasticis folgen, wodurch die Membra zu wahren Unterthanen der Direction gemacht werden würden, und einen starken Eingriff an ihrer Immedietät erlitten.

Man kann zur Bestättigung dieser Sätze auch die in Mosers reichsritterschaftlichem Magazine tomo I. pag. 110. befindliche Abhandlung des Consulenten Schäffers anführen, wo §. 7. zu dem Grunde der in causis subditorum an die ritterschaftliche Instanz nicht statt habenden Appellationen gesagt wird, daß die Mitglieder dem Directorio nicht subject seyen, wie ein Landsasse dem Landesherrn, sondern unmittelbar unter kaiserl. Jurisdiction stünden.

§. 89.

§. 89.

Immittels behauptete die Ritterschaft ihre Jurisdiction in der vorliegenden Sache mit vielem Eifer; die Ganherrn, denen hier das eigentliche Jus contradicendi zustand, nahmen sich der Sache directe nicht an; sie war quoad hoc punctum jurisdictionis zur Entscheidung noch lange nicht instruirt; beyde Theile kamen auch darin überein, daß diese Frage schon vorhin an den kaiserl. Reichshofrath gebracht sey; und obgleich eine eigentliche Litispendentia wegen des Knaben nirgends vorhanden ist, so war dann doch vorhin schon im allgemeinen die Frage von der Religion der Hammerischen Kinder an die Ritterschaft gebracht, wo von dem Mädchen auf den Knaben argumentirt werden kann. Dieser Punct der angeblichen Jurisdiction und Litispendentiae wurde daher, so großer Zweyfel auch immer dabey obwaltet, dahin gestellt gelassen. Jedoch ward in dem Urtheil in einem Anhange, wodurch die Reichsritterschaftliche Behauptung des angeblichen juris recipiendi adpellationes ad forum praeventum des kaiserlichen R. Hofraths verwiesen wurde, zugleich die desfallsige Meynung des Kammergerichts deutlich zu verstehen gegeben.

§. 90.

His praemissis ist also nunmehr die Un-

tersuchung blos auf die Frage eingeschränkt: Ob überhaupt, supposita etiam Jurisdictione & Litispendentia, allenthalben rechtlich verfahren worden sey?

Hier muß nun zuförderst wiederhohlt werden, daß dem Fischer vor seiner Reise nach Sachsen von der Ritterschaft unmittelbar gar keine, von der Herrschaft aber wenigstens keine entscheidende Befehle wegen der Religion des Hammerischen Knabens zugekommen waren.

Am 11. Sept. 1771 kam er und seine Frau nach Mommersheim zurück, das Kind aber hatten sie nicht bey sich. Sie verriethen hierdurch ganz deutlich ihr Vorhaben, gedachtes Kind in der Religion der Mutter erziehen zu wollen. Die Ortsherrschaft und selbst die Ritterschaft (vorausgesetzt, daß dieser letztern überhaupt eine Erkenntniß gebührte) waren bey solchen Umständen berechtigt, nach dem Hammerischen Kind zu fragen.

Es hatte dieses Kind noch liegende Güter zu Mommersheim; die Mutter war ad secunda vota geschritten, und es waren ihrem Kind eben deswegen von dem Amt wirklich einige Vormünder bestellt: Es lag also der Obervormundschaft allerdings ob, sich des Kindes anzunehmen.

Hammer machte von der Zurückkunft der Fischerischen Eheleute, und dem Umstande,

de, daß sie das Kind zurückgelassen, nicht bey ddr Ortsherrschaft, sondern bey der Ritterschaft die Anzeige, und diese beschloß ein Monitorium an den adelichen Bürgermeister mit der Warnung, daß sie sonst bey weiterer Verzögerung unmittelbar Hand einzuschlagen, vermüssigt seyn würde (§. 26 ; 28.). Wenn man nun annimmt, daß gedachte Ritterschaft judex competens war, so ist an dieser Verfügung nichts auszustellen.

Der Beamte Dahm suchte dem ritterschaftlichen Befehl nachzukommen, verfügte sich nach Mommersheim, traf den Fischer nicht mehr an; er hat also dem Fischer selbst nichts insinuirt, sondern sich begnügt, die zurückgelassene Fischerin vorzuladen, und ihr bey Strafe 10 Rthl. zu befehlen, das Kind herbeyzuschaffen. Auf weiteres Verlangen des alten Hammers hat zwar derselbe auch noch ferner die Fischerin persönlich zu arretiren versucht; als er aber sein Vorhaben ins Werk zu setzen nicht vermogte, hat er blos die Fischerin in die Strafe von 10 Rthl. fällig erklärt, poenam dupli comminirt, auch den Realarrest auf die sämtliche Fischerische Immobilia erneuert. (§. 29.)

Hierbey (scheint es allerdings) hätte er, der Beamte, und auch sie, die Ritterschaft, einsweilen stehen bleiben, und die Parition abwarten, allenfalls aber ihre comminirte praejudi-

judicia purificiren, und dann erst noch weiter ernstlichere Verfügungen treffen können.

§. 91.

Sie, die Ritterschaft, wählte aber auf einmal eine ganz andere Verfahrungart; sie ließ den Fischer am 3. März 1772 in seinem Bette durch kurpfälzische Amtsreuter und Husaren überfallen, schleppte ihn nach Selsen, und von da weiter an die Grenzen des Kurmaynzischen Gebiets, hier empfiengen ihn zwey maynzische Husaren, sie legten ihm Bretzeln (seu quod idem est) Daumenschrauben an, führten ihn so neben den Pferden her, wie einen Missethäter nach Maynz, woselbst er in das Zuchthaus befördert, und zur Züchtlingarbeit angehalten, und bis zum 11. ejusd. allda aufbehalten wurde, ohne daß ihm auch nur die Ursache seines Schicksals verkündet worden wäre. (§. 31 u. 32.)

§. 92.

Hier in diesem Verfahren liegt allenthalben offenbar nichts, als Uebereilung und Ungebühr.

Will man auch zugeben, daß die Ritterschaft allenfalls einen Personalarrest verhängen konnte, so ist doch dies unmöglich zu billigen, daß sie sich hierzu ein Zuchthaus auserse hen hat.

Noch weniger aber läßt sich verantworten, daß Fischer in diesem Zuchthause, ohne einmal

ver,

vernommen worden zu seyn, so gar zur Arbeit angehalten, und auf alle Weise sehr mißhandelt worden ist.

Er schrieb, so bald es die Ritterschaft von ihm verlangte, an seine Frau, und bat sie, zu pariren. Mehr konnte er in seiner Lage nicht thun; und hiermit hätte sich die Ritterschaft begnügen müssen.

Fischer war nur Stiefvater über das Kind, und hatte durchaus keine patriam potestatem, es war weder untersucht, noch weniger bewiesen, daß er am Verbringen des Kindes wirklichen Theil habe.

Die Ritterschaft leugnet zwar, daß ihr der Fischer ein Schreiben aus dem Zuchthause paritionis loco zugeschickt habe; sein Angeben bleibt jedoch sehr glaublich. Wäre es aber auch wirklich nicht, so lag ihr, der Ritterschaft, ob, den arrestatum darüber konstituiren zu lassen: Ob und wie er zu pariren und sich hierdurch seines Arrestes zu befreyen gedenke?

Alles dieses ist unterblieben, und Fischer mußte über anderthalb Jahre, ohne einiges Verschulden wenigstens ohne Beweis, unter andern Maleficanten zubringen.

§. 93.

Die Ritterschaft glaubt zwar, daß ihr Verfahren wenigstens bis zur letzten kammergerichtlichen Ordination selbst von dem

Kam-

Kammergerichte schon begnehmiget sey, mithin sie dafür weiter nicht zu stehen habe.

Allein es ist jedoch nachher ad ulteriora narrata die gegenwärtige Citation erkannt worden. Es geschieht täglich, daß ad ulteriores deductiones nachher Processe erkannt werden, die vorhin pure abgeschlagen waren; und es ist hier genug, daß die Citation einmal erkannt ist.

Die Ritterschaft hat höchst übereilt und illegal verfahren; sie hat den Fischer mishandelt und ist ihm deswegen zur Genugthuung verbunden.

§. 94.

Selbst aber auch den kammergerichtlichen Verordnungen, worauf sie sich bezieht, hat sie die schuldige Folge nicht geleistet.

Die Verordnung vom 23. März 1773 befahl der Ritterschaft, den auf das Fischerische Vermögen gelegten Arrest sogleich aufzuheben, wo sodann die Fischerin die Zuchthauskosten baar oder durch annehmliche Caution leisten sollte. (§. 49.) Relaxatio arresti sollte natürlicher Weise vorausgehen, weil ja ohne solche die Fischerin nicht im Stande war, Geld oder Sicherheit aufzubringen.

Die Ritterschaft will zwar vorgeben, als wäre ihr diese Verordnung nicht früher als den 22. Jun. durch einen Kammerboten insinuirt worden; es ist aber bewiesen, daß sie auch

schon

schon vorhin gleich am 29. März gedachte kammergerichtliche Verordnung durch einen Notarium erhalten hat.

Sie hat aber gleich andern Tages ganz perverse darauf dekretirt, daß die Fischerin zuerst die Kosten berichtigen, und alsdann der Arrest relaxirt werden sollte. (§. 52.) Ja als die Fischerin nachher diese Kosten wirklich baar berichtigt hatte, dekretirte die Ritterschaft nunmehr am 2. April, daß die Fischerin vor allem auch noch weiter die Capturkosten und Kanzleygebühren, auch ritterschaftliche Proceßkosten bezahlen, sodann das Kind dem Großvater zur Verwahrung übergeben sollte. (§. 54.)

§. 95.

Letzteres, nämlich die Auslieferung des Kindes an den Großvater war offenbar wider die ältere kammergerichtliche Verordnung vom 11. Febr. 1773. (§. 46.) Nach dieser sollte das Kind blos ad locum unde, mithin nur nach Mommersheim restituirt werden. Es bezog sich diese Ordination auf das amtliche Decret vom 31. Oct. 1769 (§. 18.), welches auch mehr nicht, als die Belassung des Kindes in loco Mommersheim verlangte.

Was hingegen die noch weiters gefoderte Kosten betrift, so ist zwar die angegebene ratio, daß nemlich von den Capturkosten eben das gelten müsse, was auch von den Zucht-

haus-

hauskosten ausdrücklich verordnet sey, nicht ganz ohne Schein.

Das angezogene kammergerichtliche Decret wollte aber vor aller Kostenbezahlung den Realarrest relaxirt wissen, und dann verordnete solches auch nicht praecise baare Zahlung, sondern elective Zahlung oder Caution. Dieses muß also à fortiori auch von andern als Zuchthauseskosten gelten.

§. 96.

Der Fischerin war die baare Entrichtung solcher weiteren Kosten in ihrer Lage eine bloße Unmöglichkeit, es mußte also Fischer noch immer fortsitzen. Die Fischerin erbot sich endlich auch hierwegen zur Caution, und bemerkte dabey, daß ihr die kammergerichtliche Decreta die Auslieferung des Kindes an den Großvater nicht aufgaben. Es half aber alles nichts. Die Ritterschaft ertheilte am 17. Jun. inhaesive zur Resolution, daß sie vor allem sämtliche Kosten baar zu bezahlen, und das Kind dem Großvater hinzugeben habe (§. 61.).

Erst am 22. ejusd. auf nochmalige Insinuation der kammergerichtlichen Verordnungen, wurde endlich der auf das Vermögen gelegte Arrest aufgehoben, das Kind aber bald nachher am 3. Jul. der Mutter mit Gewalt weggenommen; (§. 62 u. 63.) wegen des Personalarrestes hingegen blieb die Ritterschaft

noch

noch am 24. Sept. dabey, daß wenigstens die Kanzleygebühren annoch vordersamst baar erlegt werden müßten. (§. 66.)

Die Fischerin brachte hiernach auch diese Kanzleygebühren noch zusammen, ließ solche ebenfalls baar erlegen, stellte Caution für die Hammerischen Auslagen: und so wurde dann endlich am 25. Sept. 1773 Fischer seines ganzer 19 Monate angedauerten Zuchthausarrestes befreyt. (§. 67.)

§. 97.

Daß nun dieses Verfahren äußerst illegal sey, bedarf keiner Ausführung. Die Illegalität, Gewaltthätigkeit und übertriebene Strenge leuchtet sehr auffallend in die Augen. Die Folge ist daher ganz natürlich, daß beklagte Ritterschaft den Fischerischen Eheleuten für alle diese an ihnen verübte Gewaltthaten zu billiger Entschädigung und hinlänglicher Genugthuung allerdings angehalten werden muß.

§. 98.

In dem mehr umständlichen petito replicarum fodern die Fischerischen Eheleute zu ihrer Entschädigung,

a) die bezahlte Zuchthauskosten ad 91 fl.

b) weitere würklich erlegte Kosten ad 68 fl.

c) Arzney- und Heilungsauslagen à 50 fl., und endlich

d) von allen diesen Kosten die Zinsen.

Ferner machen sie zwar auch noch des übrigens zugefügten Schadens in genere Erwähnung, nennen aber solchen nicht in specie, sondern wollen nur überhaupt gesprochen haben, daß die Ritterschaft, neben den hier oben specifice angegebenen Kosten, auch allen übrigen ihnen zugefügten Schaden praevia liquidatione & juramento in litem ersetzen solle.

Hierin nun besteht die eigentliche Entschädigungsklage, oder actio legis aquiliae, insofern dieselbe von dem Satisfactionsgesuche propter injurias, id est, von der actione injuriarum aestimatoria, unterschieden ist.

§. 99.

Was nun

ad a) die bezahlten Zuchthauskosten betrift, so ist zwar selbst von dem kammergerichtlichen Extrajudicial-Senat der Fischerin solche zu bezahlen ohne allen Vorbehalt anbefohlen worden. (§. 49.) Es hat aber ad ulteriorem deductionem, wie schon gesagt, eben dieser hohe Senat gleichwohl die Citation super injuriis erkannt, also bey Erkennung dieser Citation als richtig angenommen, daß die Ritterschaft in modo procedendi gefehlt haben möge. Und nach vollständig verhandelter Sache mußte man völlig überzeugt seyn, daß sie in hoc modo procedendi wirklich gefehlt hat. Sie hat sonderlich und vornemlich

darin

darin gefehlt, daß sie den Fischer in das Zuchthaus gesteckt hat. Fischer hat also die ihm daraus entstandene Kosten zur Ungebühr getragen, und er ist nicht plene entschädigt, wenn ihm solche nicht wieder ersetzt werden.

§. 100.

Die weitere Kosten

ad b) hingegen sind in dem erwähnten Decreto camerali nicht begriffen. Es konnte also deren Wiedererstattung um so weniger Anstand haben.

Sodann

ad c) hätten zwar Kläger die Arzney- und Heilungsauslagen noch nicht bescheinigt, auch solche mediante juramento in litem zu erhärten, sich in specie nicht erboten.

Es war jedoch nicht geläugnet, daß Fischer wirklich krank war, und da überhaupt bey dergleichen Entschädigungsklagen dem Arbitrio Judicis vieles anheim gestellt ist, und es wohl auf eines hinaus läuft, ob dem Fischer hier sogleich diese 50 fl. passirt, oder ihm bey der Satisfaction etwas mehr zugelegt worden wäre: So ist auch dieser Ansatz von 50 fl. für Arzney- und Heilungskosten ohne weitern Beweiß sub rubro der Entschädigung lediglich passirt, und die Ritterschaft demnach, alle diese Posten den Fischerischen Eheleuten zu restituiren, condemnirt worden.

§. 101.

Betreffend sodann ferner

ad d) das Petitum usurarum, so konnte zwar solches vorzüglich bey dem ersten Posten der 91 fl. weil solche ad Decretum Judicis bezahlt werden, etwas übertrieben scheinen. Was aber oben (§. 92 und 98.) in Betreff dieses Dekrets, und des gleichwohl schuldigen Ersatzes der Hauptsumme erwähnt worden ist, hiervon ist eben so auch auf den Ersatz der Zinsen der Schluß zu machen. Den Fischerischen Eheleuten, welche wahrscheinlich dieses Geld haben aufnehmen müssen, ist nicht zuzumuthen, daß sie diese Zinsen einbüßen sollten. Es wurde daher den Klägern von sämtlichen bisher erwähnten Auslagen auch die Erstattung der Zinsen zurückerkannt.

§. 102.

Eben so rechtlich ist das weitere Verlangen, daß die Ritterschaft auch den noch übrigens zugefügten Schaden praevia liquidatione ersetzen solle. Da aber solcher specifice nicht angegeben war: so wurde überhaupt den Fischerischen Eheleuten in sententia, ihren allenfals noch weiter erlittenen Schaden specifice auszuweisen, vorbehalten.

Zur Entschädigung gehörte endlich noch, auch diejenige Caution und gerichtliche Hypothek zurückzunehmen, welche die Fischerischen Eheleute zur Sicherheit der Hammerischen Foderung

derung à 300 fl. hätten stellen müssen. (§. 67 u. 68.) Es war zwar hierauf in petito replicarum nicht besonders angetragen, doch aber überhaupt gebeten worden, zu erkennen, daß die Ritterschaft durch den auf das Fischerische Vermögen gelegten Arrest zuviel und Unrecht gethan habe. Hierunter ist auch die geleistete Caution implicite begriffen. Um jedoch allem Mißverstand zuvorzukommen, wurde dem Urtheil deutlich beygesetzt, daß auch diese Caution wieder aufgehoben werden solle.

§. 103.

Was nun hiernächst die von dem Fischer allein für sich privative gebetene Satisfaction propter injurias betrift, so ist oben ex facto erinnerlich, daß er solche auf 10000 fl. foderte. Es ist der angestellten Action eigen, daß der Injuriat fodert, der Richter aber ermäßigt. Zuweilen erbietet sich ersterer zugleich ad juramentum, zuweilen aber überläßt er auch blos die Bestimmung der Summe dem richterlichen Ermessen. In beyden Fällen geht aestimatio Judicis voran, weil sonst der actor in infinitum schwören könnte. Der Eyd, den in solchen Fällen der Injuriat ausschwört, ist instar Juramenti in litem. Daß dieser Eyd in dem vorliegenden Falle an sich zulässig sey, hieran ist nicht zu zweifeln. Fischer aber hatte sich hierzu nicht erboten, und ist solcher Eyd auch gerade nicht nöthig.

§. 104.

Bey dergleichen Aestimationen hat der Richter vorzüglich

1) auf die Größe der Mißhandlung, und

2) auf die Umstände der mißhandelten Person Rücksicht zu nehmen.

Ad 1) ist in unterstelltem Falle die Mißhandlung zwar groß. Wenn aber dennoch die Ritterschaft als competenten Richter ansieht, (§. 87 u. 88.) so ist sie doch nur Judex excedens. Die Fischerischen Eheleute sind nicht gerade von allem Ungehorsam ganz freyzusprechen, und selbst wegen der Religion des Knaben scheint die Fischerin mehr Unrecht als Recht gehabt zu haben. Auch ist dafür zu halten, daß die Ritterschaft, wenn sie ihr Verfahren von dem kaiserl. Reichskammergerichte gleich Anfangs mißbilligt, gesehen hätte, die Sache nicht so weit getrieben haben würde.

Ad 2) ist zwar Fischer ein Literatus und Advokat, aber, allem Ansehen nach, von geringem Vermögen; er ist deswegen auch ad jura pauperum gelassen worden.

In allen diesen Rücksichten ist die Foderung zu 10000 fl. zu hoch gestellt.

§. 105.

Es wurde daher solche auf 1000 Rthl. oder 1500 fl. Rheinl. heruntergesetzt, diese für erlittene Schmach und Schmerzen in der Art von dem Richter ästimirte Summe aber

dem Fischer alsbald pure absque juramento zuerkannt, wie denn auch puncto des oben erwähnten Schadenersatzes (§. 97.) der gewöhnliche Taxationseyd übergangen wurde.

Es fehlt zwar nicht an Authoren, welche dafür halten, daß bey der Actione injuriarum aestimatoria immer geschworen werden müsse; allein, wie Lauterbach in Colleg. theor. pract. Lib. 47. tit. 10. thes. 20. sehr recht bemerkt, absque omni lege, indem der §. 7. Inst. de Injur. mit keinem Worte eines Eydes erwähnt. Am Kammergerichte insbesondere pflegt zwar testante Gylmann, Gail, und Mynsinger, in dergleichen Fällen der Eyd stets geschworen zu werden. Die Ursache davon ist aber ganz einfach, weil der Richter nur sehr selten gewiß ist, ob er nicht taxando zu freygebig sey. In dem vorliegenden Falle hingegen, wo der Richter Conditionem injuriantis & injuriati genau kannte, wo auch sonst alle Umstände bekannt waren, und wo dem Injuriaten statt 10000 fl. nur 1500 zugesprochen wurden, war es unnöthig, die Sache mit einem überflüssigen Eyde aufzuhalten.

§. 106.

In Rücksicht der Proceßkosten mußte man annehmen, daß die Fischerischen Eheleute, wenigstens bis zum 23. März 1773 (§. 49.) als an welchem Tage die letzte kammergerichtliche Ordination ergangen ist, un-

recht und unschicklich angerufen haben. Es wurden ihnen daher die Proceßkosten bis dahin nicht, sondern erst von der nach dem 23. März 1773 unterm 17. April erwähnten Jahrs exhibirten Anzeige non secutae paritionis Decretorum cameralium (§. 57.) zugesprochen.

Sententia publ. 13. Jun. 1787.

In Sachen Fischerischer Eheleute armer Parthey Kläger eines; wider die kaiserl. und Reichsritterschaft am Oberrhein, Beklagte andern Theils, Citat. ad vid. se condemnari ad praestandam sufficientissimam resarcitionem & satisfactionem super illatis damnis, expensis & injuriis. Ist die durch Dr. Hofmann unterm 23. May jünsthin extrajudicialiter übergebene Supplicas samt Anlagen ad acta zu registriren verordnet, darauf allem An: und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß beklagtes Ritter-Directorium durch gewaltsame Abführung des klagenden Fischer in das Zuchthaus, und dessen Aufbehaltung, auch schimpfliche Behandlung daselbst zuviel und Unrecht gethan, daher dasselbe den Fischerischen Eheleuten die bezahlte Zuchthaus- und andere Kosten à resp. 91 und 68 fl. auch für Arzney: und Heilungsauslagen 50 fl. alles samt reichsüblichen Zinsen, zu ersetzen, nicht minder die demselben für weitere Kosten annoch

abge-

abgenöthigte Caution zu erlassen, sodann ihm Fischer für erlittene Schmach und Schmerzen 1000 Rthl. pro satisfactione zu bezahlen schuldig, auch dahin zu condemniren und verdammen sey. Als wir hiermit schuldig erkennen, condemniren und verdammen, das beklagte Ritterdirectorium, den Fischerischen Eheleuten die Proceßkosten vom 17. April 1773 an, nach richterlicher Ermäßigung, zu entrichten und zu bezahlen fällig ertheilend. Dann ist zu wirklicher Execution und Vollziehung dieses Urtheils dem beklagten Ritterdirectorium Zeit 3 Monate pro termino & prorogatione von Amtswegen angesetzt, mit dem Anhang, wo es solchem also nicht nachkommen wird, daß es jetzt als dann und dann als jetzt in die Strafe, 10 Mark löthigen Goldes halb dem kaiserl. Fisco, und zum andern halben Theil den Klägern unnachläßig zu bezahlen, hiermit fällig erklärt seyn, auch der Realexecution halber auf ferneres Anrufen ergehen solle, was Recht ist.

Endlich bleibt den Fischerischen Eheleuten, ob sie wollen, ihren noch weiters gehabten wirklichen Schaden specifice auszuweisen, und darüber Entscheidung zu gewärtigen, unbenommen, sondern vorbehalten. Was hingegen die von dem Beamten der adlichen Ganerben zu Mommersheim in Sachen der Unterthanen allerdings sonst unmittelbar an die Reichsgerichte gehörige Appellation betrift; wird die

in actis hinc inde befindliche Reichsritterschaftliche Behauptung, als hätte Sie ein dergleichen Jus recipiendi appellationes wirklich legitime hergebracht, ad forum praeventum des kaiserl. R. Hofraths, woselbst die Sache zwischen den Ganerben und gedachter Ritterschaft rechtlich ausgetragen werden mag, lediglich verwiesen.

Vier.

Vierter Rechtsfall

über die Cabinetsinstanzen, und über die Frage: In wie ferne dem Vater das Recht zustehe, das mütterliche Vermögen seiner Kinder oder ihr Peculium adventitium zu veräußern?

Innhalt.

§. 1 u. 2. Einleitung und Ausführung im Allgemeinen.

Wenn gleich im Namen unserer deutschen Reichsstände in ihren territoriis die Justitz administrit und Recht gesprochen wird: so dürfen sie jedoch weder in eigener Person Recht sprechen, noch die Instanzen zur Schmälerung der kaiserlichen Jurisdiction vermehren; daher eben so wenig die Partheyen zur Entsagung der Adpellation an die Reichsgerichte anhalten, als Revisoria bey vorhin adpellabeln Instanzen errichten, obschon auch in letzterm Falle den Unterthanen, sich entweder dahin, oder an den höchsten Reichsrichter zu wenden, freygestellt würde. Gleichmäßig darf kein Landsherr, der ein neues Territorium erwirbt, von dessen oberster Instanz die Adpellation unmittelbar

telbar an die Reichsgerichte ging, aus diesem Districte an ein anderes seiner Landgerichte zu adpelliren verordnen.

§. 3 — 9. In Specie von der Cabinetsinstanz. Hierüber mehrere Praejudicia, wie solche von den höchsten Reichsgerichten angesehen wird, woraus im Allgemeinen der Schluß folgt, daß ein in der sogenannten Cabinetsinstanz gefälltes Urtheil an sich nichtig, und ohne weiteres zu cassiren, das der vorhergehenden Instanz aber zu bestätigen sey.

§. 10. Immittels findet auch hier der Satz: Non datur regula sine exceptione, seine Anwendung, indem ein ganz neueres Praejudicium existirt, wo ein in einer angemaßten Cabinetsinstanz gefälltes Urtheil ohne weiteres ob incompetentiam judicis nicht cassirt, noch das der vorhergehenden Instanz bestätigt, sondern vielmehr jenes der unbefugten Cabinetsinstanz, mit einem Verweise jedoch, und der Auflage, sich solcher in Zukunft zu enthalten, ob justitiam causae, in substantia confirmirt wurde, bey welcher Entscheidung endlich auch wegen der oben erwähnten Einführung der Adpellation von einem Lande in das andere merkliche Modificationen vorfindlich sind.

§. 11 — 37. Erzählung dieses Rechtsfalls.

§. 38 — 49. Beurtheilung in Betreff der Cabinetsinstanz.

§. 50 — 57. Beurtheilung der Hauptsache, wobey die Frage: In wie ferne der Vater das mütterliche Vermögen seiner Kinder oder ihr Peculium adventitium veräußern könne? zu erörtern vorliegt.

§. 58 — 61. Gesetzliche Verordnungen über diese Materie.

Gesetze,

Gesetze, die ganz gegen die Veräußerung sprechen.

Gesetze, die Ausnahmen machen, und als Leges correctoriae der vorhergehenden anzusehen sind.

§ 62 — 65. Meynungen der Authoren.

§. 66 u. 67. Das gräflich-Solmsische statutarische Recht über die vorliegende Materie.

§. 68. Generelle Sätze, die theils aus jenem statutarischen Rechte, und sodann aus dem oben ausgeführten gemeinen Rechte fließen:

1) Das Solmsische Landrecht verordnet über die Frage: Wann und wie ferne ein Vater von dem unbeweglichen Vermögen seiner Kinder etwas zu veräußern befugt sey? in specie nichts; beläßt es also in diesem Punct lediglich bey den gemeinen Rechten;

2) aber bestimmt es ausdrücklich dem Vater die lebenslängliche Nutznießung an dergleichen Gütern, und das Eigenthum des halben Theils der fahrenden Habe.

3) Verbindet das Solmsische Landrecht den Vater, wenn er nicht in festgesetzter Zeit auf die Nutznießung und fahrende Habe entsagt hat, zur Bezahlung aller während der Ehe contrahirten Schulden. Endlich ist

4) nach dem Statute beym Verkaufe liegender Güter überhaupt ein Kaufbrief nicht durchaus nöthig, sondern die Eintragung in das Contractenbuch hinreichend.

Weiter findet sich in dem vorliegenden Statute über die befragte Materie specifice nichts verordnet.

Nach dem hierauf in subsidium eintretenden gemeinen Rechte ist demnach ferner

5) da-

5) dafür zu halten, daß ein Vater als legitimus administrator bonorum seiner Kinder überhaupt, und als usufructuarius adventitiorum insonderheit, in keinem Falle ein Decretum judicis zu einer Veräußerung brauche. Jedoch steht ihm

6) in regula die Macht, der Art Güter zu veräußern, nicht zu; vielmehr können die Kinder solche a quocunque possessore vindiciren, wenn nicht

7) die Veräußerung zur Bezahlung der Schulden, die den Kindern zur Last liegen, zu ihrer Erhaltung, oder aus der Ursache geschehen, quia bona fuerint damnosa, infructuosa vel quocunque modo onerosa, welches

8) von dem Vater, oder dem, der sie herausgeben soll, zu erweisen ist.

§. 69 — 86. Fernere Prüfung der Sache nach diesen zum Grund gelegten Sätzen, und Entscheidung, daß der geschehene Verkauf für rechtsbeständig zu erklären sey. Hierüber das den 5. Dec. 1788 eröffnete kammergerichtliche Urtheil.

Einleitung und generelle Ausführung.

§. 1.

Den Satz, daß Rescripta Principum an sich schon nicht in die Rechtskraft übergehen, findet man bey Cramer *) gegen Carpzov

*) In Obs. T. 2. obs, 691,

Carpzov und Berger, die den erwähnten Rescriptis wenigstens alsdann die Rechtskraft zusprechen, *si Princeps juris ordinem servaverit*, ex L. 4. C. de sentent & interlocut. und L. 2. 5 und 6. C. comminationes, epistolas & programmata &c. erwiesen.

Wenn daher gleich im Namen unserer deutschen Reichsstände in ihren territoriis die Justiz administrirt und Recht gesprochen wird; so folgt daraus doch nicht, daß sie selbst in eigener Person Recht sprechen dürfen.

§. 2.

Sie haben die Gerichtsstellen anzuordnen, ohne jedoch die Instanzien zu Prägravirung der Unterthanen und Eludirung der kaiserlichen Jurisdiction zu vermehren *).

Sie dürfen die Partheyen zur Entsagung der Appellation an die Reichsgerichte nicht anhalten, noch Revisoria bey vorhin appellablen Instanzen errichten, obschon den Unterthanen, sich entweder dahin, oder an den höchsten Reicherichter zu wenden, freygestellt bliebe, mit der Einschränkung, nur in dem Falle, wenn das erstere gewählt worden, nicht weiter an die Reichsgerichte zu appelliren **).

Ein=

*) Ludolf Comment. syst. Sect. 1. §. 13. n. 7. Cramer Nebenst. P. 2. Abh. 5. p. 71. seq.

**) Cramer alleg. loc.

Ein Reichsstand, der ein neues territorium erwirbt, von dessen oberster Instanz die Appellation an die Reichsgerichte gieng, darf nicht aus diesem Districte an ein anderes seiner Landesgerichte, das vielleicht ein Privilegium hat, zu appelliren verordnen *).

Alle diese Eingriffe in die kaiserliche Gerichtsbarkeit werden von den Reichsgerichten, die auf die Erhaltung der ihnen anvertrauten Jurisdiction verpflichtet sind, nicht gestattet, sondern jedesmal geahndet.

§. 3.

Noch weniger aber dürfen sich die Reichsstände anmaßen, in erster oder weiterer Instanz, mit Ausschließung ihrer eignen Gerichtsstellen, oder mittels Berufung von denselben an sie, Recht zu sprechen.

Ersteres ist dem R. A. v. 1594. §. 94 u. 95. entgegen, und es finden alsdann Mandata und Adpellationes extrajudiciales statt, wovon sich in der unten angeführten Dissertation **) von beyden höchsten Reichsgerichten mehrere Beyspiele angeführt finden.

Eben

*) Ludolf Obs. 133.

**) Math. Jos. Schick Diss. de illicita instantiar. multiplicat. inspecie von der Cabinetsinstanz 1788. Ist auch unter dem Titel: Tractatus juris publici de illicita instant. multiplic. &c. abgedruckt.

Eben das gilt auch von dem zweyten Falle. Der Regent selbst braucht nicht die Kenntnisse zu haben, die von einem Richter erfodert werden, und es ist nicht vorauszusetzen, daß er sie in der Regel habe. Die Räthe aber, die um ihn sind, und die sein Cabinet ausmachen, sind nicht auf die Justiz beeydiget, können also auch kein Judicium formatum vorstellen.

§. 4.

Die Reichsgesetze *) verordnen, daß die Stände ordentliche Gerichtsstellen anordnen und mit Richtern besetzen, nirgends aber gestatten sie den Regenten, selbst Recht zu sprechen.

Der J. R. A. §. 113. ordnet in jenen Sachen, wo es an der Summe, um an die Reichsgerichte adpelliren zu können, mangelt, das remedium transmissionis actorum in vim revisionis an, sagt aber nichts von einer Adpellation an den Landesherrn.

In J. P. O. Art. 10. §. 12. wird der Krone Schweden für ihre deutschen Reichslande das privilegium de non adpellando unter der Bedingung ertheilt, daß sie ein Ober-

*) R. Absch. v. 1570. Dep. Absch. v. 1600. §. 15. J. R. A. §. 108.

Oberadpellationstribunal errichten, von diesem aber keine ulterior provocatio causarumve avocatio statt haben solle. Woraus Pütter *) mit Recht ein Augenmerk gegen die Cabinetsinstanzen ziehet, welches sich auch aus andern privilegiis folgern läßt, indem keines derselben eine Berufung an den Landesherrn der Appellation an die Reichsgerichte surrogirt, sondern besondere Appellationsgerichte verordnet.

Man findet daher auch dergleichen Anmaßungen von Cabinetsinstanzen nur gewöhnlich bey kleinern Ständen, da sie vielmehr von großen, in ihren Appellationsordnungen ausdrücklich untersagt sind, wie Pütter l. all. und in Epitome proc. imp. §. 181. **) von Preußen, Kur-Braunschweig u. a. anführt.

§. 5.

Die Praxis beyder höchsten Reichsgerichte kömmt darin überein, daß sie keinen Fall vorbeygehen lassen, wo nicht dergleichen in Vorwurf kommende Cabinetsinstanzen von ihnen gerügt würden.

In der schon allegirten Schickischen Dissertation sind hierüber viele Fälle von dem kaiserl.

*) Pütter opusc. rem judic. illustr. p. 343. seq.

**) Edit. 4.

kaiserl. Reichskammergerichte angeführt, wo theils in Dekreten, theils in Urtheilen, der Gebrauch dieser Cabinetsinstanzen bald ernstlich, bald mit Androhung fiskalischer Ahndung, bald mit wirklicher Excitirung des Fiskals, geahndet worden ist *); und Moser **) führt mehrere Fälle der Art vom kaiserl. Reichshofrathe an.

§. 6.

Unter andern allegirt Schick d. l. p. 54. ein Praejudicium, wo an dem Kammergerichte in Sachen Hormelin armer Parthey adpellanten contra Balerin, jetzo Feuerbachin adpellatin, die in anmaßlicher dritten Instanz gefällte Urtheil als nichtig und incompetent cassirt, dagegen die der zweyten Instanz confirmirt und dem H. Fürsten von Solmsbraunfels, dergleichen Adpellationen an sein Cabinet sich nicht anzumaßen, mit Bedrohung der Excitation des Fiskals am 15. Sept. 1784 aufgegeben worden ist.

Ferner führt er p. 55. einen Fall an, wo gleichfalls auf ein gegen die Regierung zu Braunfels im Jahr 1782 erkanntes Mandatum de sibi in praejudicium jurisdictionis caesareae non arrogando multiplicatio-

 nem

*) §. 29. dictae Differt.

**) Von der Landeshoheit in Justitzsachen c. 1. §. 17. und in den Zusätzen zum N. Staatsrecht T. 1. p. 619.

nem instantiarum S. hinc propria judicata in rem judicatam prolapsa indilate exequendo, cum refusione expensarum C. C., am 1. Febr. 1785 paritoria plena mit einem Verweise und der Auflage, dergleichen Berufungen ans Cabinet in Zukunft nicht zuzulassen, unter Bedrohung der Excitation des Fiskals erfolgt ist.

Und in einer pag. 57. der angeführten Dissert. verzeichneten Sache ist gegen den Herrn v. Münster den 15. Dec. 1785 der ergangenen paritoriae plenae die Excitirung des Fiskals wirklich angehängt worden.

§. 7.

So wie diese bisher angezogenen Praejudicia, so scheint auch der Fall, dessen der nämliche Author §. 31. erwähnt, auf die Sache, welche ich weiter unten erzählen werde, besonders zu passen. Er ist folgender:

Der H. Graf von Wiedrunkel besitzt neben seinem wiedischen Landesantheil die Grafschaft Crichingen, von der er eine besondere Stimme auf dem Reichstage führet, und die eine besondere Regierungskanzley hat. Nun hatte er durch ein Justizreglement vom 26. May 1764 verordnet, daß in der Herrschaft Runkel die erste Instanz vor der Regierungskanzley, in der Herrschaft Dierdorf vor dasigem Oberamt, und in Crichingen vor der dasigen Regierungskanzley seyn, von der Kanzley

zu

zu Runkel aber immediate an den Grafen, vom Oberamt Dierdorf und von der Crichinger Kanzley endlich an die Runkelische Kanzley appellirt werden solle. Als hierauf der H. Graf einer Parthey die Appellation von der Crichinger Kanzley zu Runkel zu introduciren anbefohlen, der Appellant aber solche an das K. R. K. Gericht eingelegt hatte: so wurden die Processe cum citatione super nullitatibus erkannt, der Fiskal sich seines Amts interveniendo zu gebrauchen erinnert, und dem H. Grafen, daß er die bey der Kanzley zu Crichingen in causa praetensae Adpellationis & Revisionis verhandelten Acta einschicken solle, aufgegeben.

§. 8.

In einer andern Sache Braun contra Juden Kain und Crichingische Kanzley wurden zwar am 16. Januar 1788 die Processe abgeschlagen, den Supplikanten aber sich des remedii transmissionis act. zu bedienen freygelassen, und hierauf gegen den H. Grafen, um willen er sich, der mehrfachen dieses kaiserl. Kammergerichts-Verordnungen ungeachtet, einer Reichsgesetzwidrigen Cabinetsinstanz abermalen angemaßet, Fiscalis generalis seines Amts erinnert.

§. 9.

Aus diesen bisher angeführten Fällen folgt nun im Allgemeinen der Schluß:

1) daß ein in der sogenannten Cabinetsinstanz gefälltes Urtheil an sich nichtig und ohne weiters zu cassiren, das der vorhergehenden Instanz aber zu bestättigen seye;

2) daß es nicht angehe, ein besonderes Land dergestalt mit einem andern zu verbinden, daß die von der Regierung des einen interponirte, vorhin an die Reichsgerichte gegangene Appellationen nunmehro an die Regierung des andern, und von da erst an die Reichsgerichte gehen sollten.

§. 10.

Immittels findet auch hier der Satz: Non datur regula sine exceptione, seine Anwendung; denn ich schreite eben zu der Erzählung eines Falls, worin ein in einer angemaßten Cabinetsinstanz gefälltes Urtheil ohne weiteres ob incompetentiam judicis nicht cassirt, noch das der vorhergehenden Instanz bestättigt, sondern vielmehr jenes der unbefugten Cabinetsinstanz, mit einem Verweise jedoch und der Auflage, sich solcher in Zukunft zu enthalten, ob justitiam causae, in substantia confirmirt worden ist, bey welcher Entscheidung endlich auch wegen der eben erwähnten Einführung der Appellation von einem Lande in das andere merkliche Modificationen vorfindlich sind.

Pro-

Proceßgeschichte.

§. 11.

Johann Georg Appel, ein Müller zu Holzhausen im Hanauischen, hatte eine sichere Henselin von Soedel im Solms-lichischen geheyrathet. Sie brachte ihm 11 Morgen Landes Heyrathsgut zu, die er für 750 fl. ungefähr im Jahr 1754 an die Verwandte seiner Frau verkaufte. Er trieb einen Handel mit Mehl, und war (wie die Geschwister seiner Frau in dem nachher entstandenen Processe äußern) zuweilen in großen Nöthen.

In diesen Umständen unterstützte ihn sein Schwiegervater mit verschiedenen Anlehen. Den 15. April 1758 streckte er ihm 85 fl. und den 1. April 1760 ihm und namentlich seiner Frau, in ihren, wie sie im Schuldbrief selbst bekennen, großen Nöthen 242 fl. vor. Nach einem Auszug aus des Schwiegervaters Hausbuche, hatte dieser nebst dem noch seinem Schwiegersohn 197 fl. 12 Kr. creditirt, darauf aber, außer 24 Maaß Brandtwein, 49 fl. baar zurückempfangen.

Außer dem hat auch noch der erwähnte Schuldner Joh. Georg Appel, laut eines producirten Extrakts seines Hausbuchs, nach Abzug der vorhin gedachten 49 fl. und zu 9 fl. 36 Kr. angeschlagenen 24 Maaß Brandtwein, theils baar, theils mittels Auslagen vom Jahr

1764 an bis 1775, seinen Schwiegerältern und seinem ältesten Schwager 145 fl. 44 Kr. zurückgezahlt, daß also, so viel sich hieraus ergiebt, 379 fl. 28 Kr. übrig geblieben waren.

§. 12.

Seine Frau starb im Jahr 1765. Es wurde aber den Kindern kein Vormund weiter bestellt, sondern ihr Vater (der Joh. Georg Appel) blieb der alleinige Administrator des Ihrigen.

Nachdem ungefähr im J. 1771 ihr Großvater Hensel zu Soedel gestorben war, nahm dessen Wittib den Auszug, und theilte das Vermögen unter ihre Kinder und Enkel.

Letztere, das ist, die Appellischen Kinder, geben es auf 43 Morgen Feldes, 10 Nachtpferchrechte und 11 Schaafe an, die Henselischen Geschwister aber wollen nur von 38 Morgen und 9 Schaafen wissen.

§. 13.

Da noch 3 Henselische Geschwister vorhanden waren, und die Appelischen Kinder in die Stelle der einen verstorbenen Tochter (ihrer Mutter, die sie repräsentirten) eintraten: so wurden 4 Zettel gemacht, und von dem Joh. Georg Appel, Namens seiner Kinder, einer für sie, von jedem der Henselischen Geschwister aber einer der 3 übrigen Zettel gezogen; und es betrug der Appellische Antheil, wie

wie diese sagen, 10 und $\frac{3}{4}$ Morgen Landes, nach der Henselischen Rechnung aber 9 und $\frac{1}{4}$ Morgen und $\frac{1}{4}$ vom übrigen.

Die resp. Großmutter der Appelischen Kinder und Mutter der Hensel schen Geschwister bedung sich aus jedem Loos 3 Morgen Landes, die der Loosinnhaber bestellen, und alle Lasten davon tragen sollte, behielt auch die Schaafe, welche gleichfalls die Erben unterhalten sollten, noch einige Zeit bey, die Mobilien aber bis an ihren Tod.

§. 14.

Die Henselischen Geschwister warfen ihre Theile wieder zusammen, und theilten nach ihrer Convenienz von neuem, wollten aber die dabey gemachte Theilzettel, so wie die von der ersten Theilung, cassirt haben.

§. 15.

Joh. Georg Appel hingegen verkaufte den Theil seiner Kinder in Gegenwart ihrer Großmutter, und einen gewissen Friedrich Klöppel, den er (wie die Henselischen sagen) als Beystand mitgebracht haben soll, an seine Schwäger für 900 fl., welche dergestalt bezahlt wurden, daß er 315 fl. baar empfieng, sich sofort wegen der bey seinem Schwiegervater aufgenommenen 380 fl. (nach Abzug des vierten Antheils seiner Kinder hieran zu 95 fl.) 285 fl. abrechnen ließ, wovon ihm die Henselischen, wie sie behaupten, zehnjährige Zinsen nachlie-

ßen, 300 fl. aber nebst 50 fl. wegen des Hauses stehen blieben.

§. 16.

Ein ordentlicher Kaufbrief wurde nicht errichtet. Wie aber gerade damals den 20. Jun. 1771 das Ab- und Zuschreiben geschah, so gieng Appel mit seinen Schwägern, wie das Gericht von Soedel bezeugt, vor den im Burgermeisters-Hause mit dem Gericht versammelten Schulzen, und zeigte an, daß er seine noch fällige Güter an die Geschwister seiner Frau verkauft habe; auf welche Aussage sie dann den Henselischen Geschwistern Rest- und zugeschrieben wurden.

§. 17.

Auf die vorerwähntermaßen auf dem Kaufschilling stehen gebliebene 350 fl. soll Joh. Heinrich Appel, ein Sohn des bisher erwähnten Joh. Georg Appel auf den Namen seines Vaters am 20 Febr. 1773 bey einem gewissen Barth zu Soedel 100 fl. aufgenommen und Joh. Hensel dafür, daß sie von den 350 fl. bezahlt werden sollten, gut gesagt haben.

Der nämliche Joh. Henr. Appel soll ferner für sich von seinem Schwager Bernard Keller 78 fl. gelehnt haben, und dem Joh. Hensel für empfangene Früchten 20 fl. schuldig seyn, welche Umstände specifice nicht widersprochen worden sind.

Daß

Daß er aber bey dem Philipp Keller zu Mehlbach 180 fl. entlehnt, und auf das bey den Geschwistern seiner Mutter annoch stehende mütterliche Vermögen von 350 fl. versichert habe, attestiret der Schultheis von Mehlbach, von welchem Anlehen im J. 1780 anderthalb jährige Zinsen rückständig gewesen, und die mehrgedachte 350 fl. mit Arrest bestrickt worden seyn sollen.

Mit Einrechnung des herrschaftlichen Abzugszehnden à 35 fl. bringen demnach die Henselischen auf diese Art 436 fl. 30 Kr. heraus, zu deren Abbezahlung die 350 fl. um 86 fl. 30 Kr. nicht zureichen würden.

§. 18.

Die Henselischen geben ferner an, daß der Appelische Vater den baar empfangenen Theil des Kaufschillings zur Bezahlung der auf seiner Mühle gehafteten Schulden verwendet habe, wodurch dann seinen Kindern diese Mühle frey überkommen wäre, und daß sie (die Henselischen) eine der Appelischen Schwestern bey sich erzogen hätten.

Diese Umstände sind nicht wiedersprochen worden.

§. 19.

Bey der, nach dem Tode der alten Henselin, erfolgten abermaligen Theilung, soll nach der Appelischen Angabe, von dem, der großmütterlichen Aussage gemäß vorhandenen

vielen

vielen Linnen- und Bettgeräthe wenig, und das großmütterliche Hausbuch sich gar nicht vorgefunden haben, welches aber Henselischer Seits widersprochen wird.

Nach dem Attestat des herrschaftlichen Schultheißen und des Gerichtsschöffen Diehl zu Soedel hatte jedoch der Schulze, in Gemäßheit herrschaftlicher Verordnung, gleich nach dem Tode der Henselischen Wittib alles verschlossen und mit seinem Pettschaft versiegelt, auch erst nach 4 Wochen, da die Theilung geschehen, wieder geöffnet.

§. 20.

Bey der Theilung war der Schulz, nach eben dem Attestat, nebst dem mitunterschriebenen Gerichtsschöffen gegenwärtig, und er bezeugt, daß die Theilung durch die Geschwister in aller Ordnung geschehen, daß anstatt Joh. Georg Appels, dessen Sohn Joh. Heinrich Appel und die jüngste Tochter, welche die Großmutter erzogen habe, gegenwärtig gewesen, und alle vorhandene Mobilien getheilt worden seyen.

§. 21.

Nicht lange hernach erschien Joh. Heinrich Appel für sich und seine Geschwister am 3. December 1778 vor der gräflich-Solmsischen Kanzley zu Lich, und übergab gegen die Geschwister seiner Mutter eine Klage, die er darauf gründete:

Daß

Daß sein Vater, der ihr mütterliches Gut ohne einen weitern Vormund, verwaltet habe, solches, ungeachtet von einem andern 1400 fl. dafür geboten, und von dem Schöffen Kloeppel solches auf 1800 fl. taxirt worden sey, an ihrer Mutter Geschwister um 900 fl. verkauft habe, wodurch, und bey der Theilung der großelterlichen Mobilien sie um 1500 fl. also über die Hälfte lädirt seyen, weswegen er dann, da der Kauf nach solmsischem Landrecht nichtig sey, und der Vater über das mütterliche Vermögen seiner Kinder nicht habe disponiren können, zudem auch kein Kaufbrief errichtet worden sey, die Güter wieder herbeyzuschaffen und sub hasta zu verkaufen, mit Erstattung der Kosten bat.

§. 22.

Auf diese Klage ergieng am 8. Dec. d. a. ein communicatorium mit der Auflage, daß sich Kläger Namens seiner Geschwister und falls sie noch minorenn wären, ihr Vormund legitimiren solle.

Die Regierung zu Hanau requirirte auch auf Ansuchen der Kläger, in einem Vorschreiben vom 6. März 1779 die Kanzley zu Lich, den minorennen Klägern einen Curatorem ad litem zu bestellen, welches auch per decretum vom 15. April d. a. geschah.

§. 23.

Die Beklagten übergaben den 30. März

e. e.

e. a. eine Vorstellung und zugleich ihre Exceptionen.

In ersterer baten sie die außer dem Lande wohnenden Kläger noch ante communicationem exceptionum zu einer Caution von 200 fl. anzuhalten.

In letztern, das ist, in den zugleich übergebenen Exceptionen bestimmten sie die in Frage stehende Güter und die geschehene Vertheilung, wie oben schon vorgekommen ist, und behaupteten sodann ferner:

Daß der Vater der Kläger die Güter habe verkaufen müssen, indem er sonst keinen Nutzen davon würde gehabt haben, so wie er es vorhin mit den zum Heurathsgut seiner Frau erhaltenen Aeckern auch gethan habe;

Daß er sie daher auch im Ort feil geboten, und er solche dann, als sie sonst Niemand habe kaufen wollen, ihnen freywillig angeboten habe, welche sie sodann auf die oben erzählte Art, in Beysein ihrer Mutter und eines von ihrem Schwager mitgebrachten Assistenten, demselben, der als legitimus tutor seiner Kinder dazu befugt gewesen sey, abgekauft und nun schon 8 Jahre lang in Besitz hätten.

Sie läugneten die angebliche Taxation, behaupteten vielmehr, daß ihr Schwager zuerst 1100, dann 1000 fl. gefodert hätte.

In Ansehung der Theilung der mütterlichen

chen Mobilien, äußerten sie, daß sie gerichtlich geschehen, und daß sich dabey eine Läsion von 600 fl., welches ein Mobiliarvermögen von 2500 fl. voraussetzen würde, gar nicht denken lasse.

Sie opponirten demnach, da auch ein Kaufbrief bey einem Geschäfte unter so nahen Verwandten nicht nöthig gewesen seye, eben so wenig, als bey dem Verkauf der Dotaläcker dergleichen gemacht worden wäre, exceptionem deficientis probationis & fundamenti actionis, und baten absolutionem ab actione cum Expensis.

§. 24.

In dieser Instanz wurde die Sache ad quadruplicas usque verhandelt.

Die Kläger bestehen auf ihre gethane Angabe der befragten Güter, halten die Caution ob deficiens Caput reconventionis, und da noch soviel am Kaufschilling zurückstehe, für unnöthig, läugnen noch in replicis, in der Folge aber nicht weiter, daß ihr Vater bey dem Verkauf einen Assistenten gehabt habe; widersprechen, daß sie durch Beybehaltung der verkauften Güter Schaden erlitten haben würden, und behaupten, daß Beklagte ihren Vater zu dem Verkauf inducirt, und ihn mit jemand andern davon zu reden gehindert hatten.

Die von ihren Eltern contrahirte, ihnen beym

beym Verkauf abgezogene, Schuld verabreden sie nicht ganz, wollen sie aber doch, da vieles daran vorher bezahlt gewesen sey, nicht für liquid erkennen, um so weniger als superstes conjux dergleichen Schulden bezahlen müsse.

Sie suchen aus gemeinen und Solmsischen Rechten zu deduciren, daß ein Vater das Mütterliche seiner Kinder nicht veräußern dürfe, worauf sie dann von der ersten Läsionsklage, die sie für unnöthig erklären, abgehen und vielmehr auf der Nichtigkeit des Kaufes allein bestehen. In Betreff der Mobiliartheilung aber beharren sie auf der Läsion, und formiren in replicis das nachher wiederholte Petitum:

Die Beklagten zur Edition des in Händen habenden Loos- und Theilzettels der Kläger jurato anzuhalten, sodann sie nach annullirtem Kaufe zur Herausgabe der verkauften Güter in dem Stand, wie sie zur Zeit des Verkaufes gewesen, cum fructibus perceptis & percipiendis, schuldig zu erklären und sie mit ihren allenfalsigen Foderungen an der Kläger Vater zu verweisen, in Ansehung der Mobilien aber ihnen die Production des großelterlichen Hausbuchs und den Manifestationseyd nebst Erstattung aller Kosten, aufzulegen.

§. 25.

§. 25.

Die Beklagten bestehen auf der auch schon blos wegen der Kosten nöthigen Caution um so mehr, als die Kläger selbst sowohl als ihr Vater schon mehr, als das vom Kaufschilling Rückstehende betrage, darauf aufgenommen hätten.

Sie behaupten nicht nur die Nützlichkeit, sondern auch die Nothwendigkeit des Verkaufes, wegen der von den klägerischen Eltern contrahirten Schulden und daher entstandenen mißlichen Umständen; wie auch, daß der Abgang eines Kaufbriefes durch das Einschreiben in das Landbuch ersetzet worden seye.

Zur Rechtfertigung der Mobiliartheilung führen sie an, daß gleich nach dem Tode ihrer Mutter obsignirt, die Theilung aber in Beysein der ältesten klägerischen Geschwister selbst geschehen seye.

Unter Wiederholung ihrer Sätze, und daß sie nichts zu ediren hätten, indem die Theilzettel cassirt worden seyen, bitten sie, wie vorhin, und submittiren in der Hauptsache, so wie puncto cautionis.

§. 26.

Die Acten wurden hierauf Ordnungsmäßig am 10. Jul. 1781 inrotulirt und ad Extraneos verschickt, nach deren Zurückkunft eben so Ordnungsmäßig exrotulirt, und das von

der Hallischen Juristenfacultät abgefaßte Urtheil dahin eröfnet:

Das Beklagte, Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage zu antworten schuldig; und weil sie solches auf diesen Fall bereits gethan: so sey der zwischen ihnen und dem Vater der Kläger geschlossene Kauf als zu Recht nicht beständig wieder aufzuheben, und seyen Beklagte daher, die sich angemaßte, den Klägern zuständige, Ländereyen denselben mit den davon seit der Zeit des Kaufs erhobenen und zu erhebenden Früchten auszuantworten, nicht minder die Loosszettel und andere die Erbschaft betreffende Urkunden und die Schriften, mittels Eydes, zu ediren, auch sämtliche hierdurch verursachte Kosten, nach vorgängig derselben Liquidation und richterlicher Mäßigung, zu erstatten verbunden.

§. 27.

Die bey der Publikation dieses Urtheils gegenwärtig gewesenen Beklagten adpellirten stante pede an den H. Grafen; die Kanzley deferirte auch der Adpellation, und beraumte zur Introduction terminum von 4 Wochen an.

Beklagte introducirten darauf ihre Adpellation bey dem H. Grafen am 11. April 1782 und nach zweymal erhaltenen Fristen übergaben sie am 1. Jun. d. a. den Libell, worauf der

der H. Graf compulsoriales und Inhibition an das Judicium a quo erkannte.

Dieses, indem es die Acten einschickte, berichtete zugleich unterm 17. Jun. e. a. daß das Urtheil zwar den Acten gemäß seye, nur aber, da der Kläger Vater über den ihm zukommenden usumfructum nach Solmsischen Landrechten disponiren könne, ratione fructuum zu reformiren seyn dürfte.

§. 28.

In dem in dieser zweyten Instanz übergebenen Libell wurden als Beschwerden aufgestellt:

1) Daß Beklagte in die Restitution der Güter cum fructibus perceptis & percipiendis condemnirt worden seyen, da doch die Kläger aus den von dem empfangenen Kaufschilling gezogenen Zinsen weit mehr Nutzen gehabt hätten, als sie aus den Gütern, nach Abzug der Bestellungskosten und Lasten, bekommen haben würden.

Sie hätten dem Vater der Kläger um so mehr die Gewalt, über das Mütterliche seiner Kinder disponiren zu können, zutrauen müssen, als diesen kein Vormund von der Obrigkeit wäre bestellt gewesen.

Endlich sey die Verdammung in Restitution der fructuum um so unbilliger, als sie die Güter nun 12 Jahre bona fide besessen hätten.

Die 2te Beschwerde war: die auferlegte Edition der Looszettel und anderer Erbschaftsurkunden, da sie endlich erhärten wollten, daß sie keine hätten.

Die 3te Beschwerde endlich war: die Condemnation in die Kosten.

Und das Petitum formirten sie dahin: Reformatorie zu sprechen, daß der Kauf bestehe, die Edition nicht Statt habe, und sie von den Kosten zu befreyen, die Kläger hingegen darin zu verurtheilen seyen.

§. 29.

Auf diesen Libell erkannte der H. Graf die Processe, und communicirte denselben am 13. Jul. d. a. ad excipiendum. Die Kläger, damalige Adpellaten, bezogen sich in ihren am 14. Dec. e. a. übergebenen Exceptionen bloß auf acta priora, und baten confirmatoriam. Wogegen Beklagte, damalige Adpellanten, in den den 7. April 1783 exhibirten replicis acceptirten, daß gegen ihre Beschwerden nichts habe eingewandt werden können, so wie die Adpellaten in ihrem duplicarum loco am 11. Jun. d. a. producirten recessu submissivo blos priora wiederholten.

§. 30.

Der H. Graf versendete hierauf die Acten an die Juristen-Facultät zu Marburg, und schickte das von da zurückgekommene Urtheil, um es zu publiciren, unterm 9. Aug.

d. a.

d. a. an die Kanzley, wo solches auch am 2. Sept. c. a. dahin eröfnet wurde:

Daß die erhobene Appellation in ihren Formalien beständig, auch zur gebührenden Rechtfertigung dahin erwachsen sey, und der Materialien halber aus den Acten und der Partheyen rechtlichem Einbringen allenthalben soviel erscheine, daß in erster Instanz wohl und übel gesprochen, folglich wohl und übel davon appelliret worden, deswegen, was den ersten Beschwerungspunct betreffe, der zwischen Appellanten und der Appellaten Vater geschehene Güterkauf und Verkauf für rechtswidrig und nichtig keineswegs zu achten, dagegen es der übrigen Beschwerden halber bey dem am 19. März 1782 eröfneten Urtheil verbleibe, die Kosten aber gegeneinander aufgehoben würden.

§. 31.

Die Beklagte, Appellanten in zweyter Instanz, baten am 10. Sept. d. a. um Deklaration des Urtheils und stellten vor, daß die auferlegte Edition, da sie von der Restitution der Güter absolvirt wären, unbillig seye, so wie sie eben deswegen auch die Condemnation ihrer Gegentheile in die Kosten erwartet hätten.

Sie würden von der Kanzley mit diesem Gesuche an den H. Grafen verwiesen, wo sie das nämliche, und daß sie nicht vorhandene

Urkunden nicht ediren konnten, vorstellten. Und der H. Graf verwies sie am 6. Octobr. d. a. mit ihrer allenfalsigen Nothdurft an das kaiserl. Reichskammergericht, wohin ihr Gegentheil sich immittels adpellando gewendet hatte.

Die Kläger, jetzige Adpellanten, hatten nämlich in einer am 11. Sept. d. a. dem H. Grafen übergebenen Supplik quaevis remedia suspensiva interponirt, und solches am 17. Sept. e. a. coram Notario & testibus, mittels der Adpellation an das Kammergericht, Requisition der Acten und Oblation zu den Solemnien wiederholet, auch das darüber gefertigte Instrument am 21. Sept. d. a. dem H. Grafen exhibirt.

§. 32.

Hier in Camera ließen sie (die nunmehr adpellantischen Appellischen Geschwister) am 9. Nov. e. a. supplicam pro processibus cum libello Gravaminum, dem nichts als das Urtheil erster Instanz beylag, übergeben.

In der Supplik stellten sie, nebst Justificirung der Formalien und der Angabe des ihnen durch das Urtheil zugefügten Schadens auf mehr als 1000 Rthl., vor: daß sie sich in der Cabinetsinstanz hätten einlassen müssen, diesem höchsten Reichsgerichte aber das Erkenntniß über die Zu- oder Unzuläßigkeit dieser Instanz überließen.

In

In dem Libell stellten sie zwey Beschwerden auf:

1) Daß der Kauf für rechtsbeständig erklärt, und

2) die Kosten compensirt worden seyen;

Da doch der Vater nach Solmsischem Landrecht nur den usumfructum vom mütterlichen Vermögen seiner Kinder habe, absque decreto Judicis um so weniger etwas davon hätte veräußern können, als weder necessitas noch utilitas der Kinder vorgewaltet hätte.

Wie nun der Kauf so wenig gerichtlich geschehen, als confirmirt, auch kein Kaufbrief errichtet worden seye, mithin kein Eigenthum auf die Käufer übergegangen wäre, diese also den Kaufschilling nicht zurückfodern könnten, sondern sich dießfalls an den appellantischen Vater halten und auch die fructus restituiren müsten: So baten sie, reformando sententiam à qua, es bey dem Urtheil der ersten Instanz zu belassen, und die Appellaten, welche sie nun schon 5 Jahre herum gezogen hätten, in die Kosten zu verfällen.

§. 33.

Hierauf ergieng am 15. Jun. 1784 folgende Ordination:

Man versehe sich zu dem H. Grafen, er werde sein Urtheil selbst einzuziehen und es bey dem erst ergangenen zu belassen geneigt

 seyn;

seyn; widrigenfalls auf ferneres Anrufen ergehen solle, was Rechtens.

§. 34.

Die Adpellanten ließen diese Ordination am 8. Jul. d. a. insinuiren, baten auch am 14. Jul. beym H. Grafen und am 5. Aug. bey der Kanzley um Befolgung derselben; erhielten aber, außer dem Dekret der letztern vom 27. Aug., welches sie ad Judicium à quo verwieß, so wenig als auf eine weitere an den H. Grafen gerichtete Vorstellung vom 29. Aug. weitere Resolution.

§. 35.

Sie bescheinigten dieses und baten in einer am 23. Sept. d. a. übergebenen Supplik pro Mandato de exequendo sententiam 1mae Instantiae in rem judicatam prolapsam, in eventum aber pro plen. adpellationis processibus, welche eventualiter nachgesuchten Adpellationsprocesse dann auch am 28. Jänner 1785 erkannt wurden.

§. 36.

Nach deren Insinuation und geschehener Reproduction übergaben die Adpellaten in prorogirter Frist ihre Exceptiones.

In diesen wird fordersamst die Cabinetsinstanz durch das Angeben zu retten gesucht, daß der Ort Soedel unmittelbar unter der Kanzley und unter keinem Amte stehe, mithin mit

mit dem Cabinet doch nur zwey Instanzen habe.

In der Hauptsache wird zwar wenig neues angeführt, aber doch vieles in ein besseres Licht gesetzt und bescheinigt, daß gleich nach dem Tode der adpellatischen Mutter von Schultheis und Gericht obsignirt, und erst bey der gerichtlich geschehenen Theilung in Gegenwart des einen Adpellanten reservirt worden sey; daß der Morgen Landes zu Soebel im Durchschnitt 57 = 58 fl. koste; und daß der in Frag stehende Kauf in das Landbuch eingetragen worden. Am Ende wird pro confirmatoria cum expensis gebeten.

§. 37.

Der adpellantische Anwalt widersprach diesen Exceptionen blos generaliter, und bat ulteriores Compulsoriales.

Diese wurden am 28. Nov. d. a. erkannt. Nach beyderseits, von dem adpellantischen und dem darauf erschienenen Anwalt des H. Grafen prorogirter Frist, übergab ersterer am 29. März 1786 die acta priora, und letzterer einen Bericht der Kanzley loco rationum decidendi.

Die Adpellaten ließen immittels nach ihren, wie eben erwähnt worden ist, übergebenen Exceptionen nichts weiter von sich hören, und der adpellantische Anwalt submit-

tirte am 5. May 1786 ad acta priora, und bat am 4. Dec. d. a. wiederholt um Urtheil.

Beurtheilung.

§. 38.

Man sieht nun, daß bey dieser Sache der Umstand wegen der Cabinetsinstanz vor allem zu erörtern vorkömmt.

Die Prüfung der übrigen Formalien, der Einhaltung der Nothfristen, der Berufungssumme, des Legitimationspunctes u. d. gl. worauf bekanntlich von dem Richter jedesmal genau gesehen wird, lasse ich hier weg. Ohnehin hätte ich oben in facto diese Gegenstände schon bestimmter bezeichnen müssen, wenn ich hier zugleich die Beurtheilung darüber mit aufnehmen wollte. Ich will daher nur so viel sagen, daß sich an allem dem kein wesentlicher Mangel ergab.

§. 39.

Sehr wichtig aber ist der Anstand, welcher wegen der Cabinetsinstanz vorliegt.

Wie diese berüchtigte Instanzen von dem kaiserl. Reichskammergerichte angesehen werden, ist bekannt, und ich habe hiervon oben §. 1 bis 9. schon gesprochen.

Die Appellanten selbst hatten schon in supplica pro process. hierauf Aufmerksamkeit erregt, indem sie sagten, daß sie sich als damalige Appellaten vor dem Cabinet hätten einlassen müs-

müssen, dem höchsten Reichsgerichte aber die Zu- oder Unzulässigkeit jener Instanz zu beurtheilen überließen.

§. 40.

Am 15. Jun. 1784 ergieng darauf die oben in der Proceßgeschichte schon erwähnte Ordination: daß man sich zu dem H. Grafen, er werde sein Urtheil selbst einziehen, und es bey dem seiner Kanzley belassen, versehe. Ungeachtet aber, da dieses nicht geschah, adpellantischer Theil pro mandato de exequendo sententiam 1mae instantiae in rem judicatam prolapsam anrief: so wurden doch statt dessen vielmehr die eventualiter nachgesuchten völligen Adpellationsprocesse erkannt.

Es entsteht also hier die Frage:

Ob nunmehr die Sententia à qua als nichtig, ob deficientem Judicis à quo jurisdictionem, zu cassiren sey, oder aber nach der Lage der Acten in der Hauptsache gesprochen werden könne?

§. 41.

Ich habe oben §. 9. gesagt, daß man aus den dort vorher angeführten Prämissen im Allgemeinen den Schluß ziehen könne: daß 1) ein in einer Cabinetsinstanz gefälltes Urtheil an sich nichtig, und ohne weiteres zu cassiren sey, und daß es 2) nicht angehe, die von dem Dicasterio eines besondern Landes vorhin immediate an die Reichsgerichte gegangene

Adpel-

Adpellationen vorerst an die Regierung eines andern Landes zu ziehen.

Beydes scheint auf den erzählten vorliegenden Fall anwendbar zu seyn, da die von dem H. Grafen von Solms-Lich sich angemaßte Cabinetsinstanz schon durch die Ordination vom 15. Jun. 1784 mißbilligt worden ist, und da ohne Zweifel von der ehemals zu Hohensolms, als einer abgesonderten Grafschaft, gewesenen eigenen Kanzley die Berufungen unmittelbar an die Reichsgerichte gegangen sind.

§. 42.

Allein das auf die Nichtbefolgung der mehrgedachten Ordination nachgesuchte Mandatum ist nicht erkannt worden, sondern statt dessen nur Adpellationsprocesse, mithin ist die Untersuchung der Hauptsache für offen gelassen zu erachten.

Der Fall ist auch darin von den oben §. 5. angeführten beyden Fällen, wo in dem einen cassatorie, und im andern paritoria plena erkannt wurde, verschieden, daß in jenen in dem Cabinette als in einer dritten Instanz zu sprechen sich angemaßet worden wäre.

§. 43.

In der vorliegenden Sache aber ist das Kammergericht erst die dritte Instanz, und wenn es gleich durchaus nicht nothwendig ist, daß jede an ein Reichsgericht in adpellatorio erwach-

erwachsende Sache vorher zwey Instanzen durchlaufen haben müsse, so ist dies doch auch nicht unbillig.

Auf der andern Seite würde es hart seyn, wenn eine Parthey, die sich den Befehlen ihres Landesherrn gefügt und das gethan hätte, was hundert andere vor ihr auch gethan haben, zumal da sich ihr Gegentheil ohne Widerspruch eingelassen, diesen Fehler gegen das ihr unbekannte teutsche Staatsrecht, mit dem Verlust ihrer vielleicht sonst guten Sache, büßen, und statt einer sonst zu gewarten gehabten confirmatoriae blos deswegen eine cassatoriam erhalten sollte.

§. 44.

Wenigstens ist hierüber noch nicht constans praxis, und dadurch, daß Appellationsprocesse erkannt worden sind, ist die Gerichtbarkeit zu Erkennung über die Hauptsache für gegründet geachtet worden, und daraus, weil dagegen das gebetene Mandat nicht erkannt worden ist, ist abzunehmen, daß damal die Anmaßung des H. Grafen für kein solches factum plane nullum & injustificabile, welches sich zum Mandat qualificirte, angesehen worden ist.

Die kaiserl. Gerichtsbarkeit leidet nichts darunter, indem diese durch eine dem Judicato angehängte Ahndung aufrecht erhalten werden kann.

Der

Der adpellantische Theil aber kann auch nicht sagen, daß er auf eine cassatoriam des à Judice incompetente gesprochenen Urtheils ein Jus quaesitum habe, indem er sich bey demselben, ohne an dessen Competenz etwas auszusetzen, da er nicht einmal dessen Unterthan war, eingelassen, gegen das Urtheil nichts von Nullitäten erwähnt, vielmehr blos Adpellationsprocesse gesucht, mithin so wohl die Gerichtsbarkeit des Judicis à quo erkannt, als sich auch der reichsgerichtlichen Jurisdiction in Ansehung der Hauptsache unterworfen hat.

§. 45.

Die Kanzley zu Lich entschuldigte in ihrem Bericht die Anmaßung ihres Herrn damit: daß sonsten die Orthschaften der Grafschaft Lich unmittelbar unter der Kanzley daselbst gestanden, und von denen daselbst ergangenen Erkenntnissen an den H. Grafen adpellirt hätten; Seit dem 28. Sept. 1782 seyen beyde Grafschaften Hohensolms und Lich in 4 Aemter vertheilt, beyde vorhin bestandene Kanzleyen aber in ein Collegium zusammen gezogen worden, an welches die Adpellationen von den Aemtern, und von jenem sodann an die höchsten Reichsgerichte giengen.

§. 46.

Wenn nun gleich die ehemalige Hohensolmser Kanzley durch ihre Aufhebung der Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte entzogen

gen worden zu seyn, und dieser Fall also, mit dem oben §. 7. in Betreff Crichingen erwehnten, Aehnlichkeit zu haben scheinet: so ist doch vorerst bey der hier vorliegenden Sache zu erinnern, daß sich niemand hierüber beschwehret. Und dann mag es doch wohl auch nicht immer anwendbar seyn, in jedem Falle einem Landesherrn eine solche mit ansehnlicher Ersparniß verbundene Einrichtung zu verwehren und ihn zu nöthigen, für jedes kleine Land, das er besitzet, eine besondere Kanzley zu erhalten.

Wenn, wie billig, vorher zu Hohensolms ein unter der dortigen Kanzley stehendes Amt war, und zu Lich gleiche Einrichtung zu treffen dem Grafen frey stand, so wie er auch die Aemter in mehrere vertheilen durfte: so macht das, daß die zwey Kanzleyen zu Lich in einer vereinigt sind, weiter keinen Unterschied, als daß die Hohensolmser zu Betreibung ihrer Angelegenheiten einige Stunden weiter nach Lich gehen müssen. Bey dem angezogenen Crichinger Fall ist der Unterschied bey der starken Entfernung schon größer.

§. 47.

Hier ist auch der ähnliche Fall nicht vorhanden, den *Ludolf* in observat. t. 2. Obs. 133. anführt, wo die dem Hause Sachsen-Eisenach angefallene halbe Grafschaft Sayn, dem Eisenachischen inappellablen foro unterworfen, mithin der reichsgerichtlichen Gerichts-

richtsbarkeit entzogen werden wollte. Vielmehr will der H. Graf seiner Anmaßung entsagen, und den Weg in die Reichsgerichte gleich von der Kanzley offen lassen, den er vorhin nur von seinem Cabinette deswegen gestattet, um den Unterthanen vorher zwey Instanzen zu verschaffen, welches zur Entschuldigung zwar nicht hinreichend ist, aber doch einigen Schein hat.

§. 48.

Zudem sind dergleichen Einrichtungen, wie hier der H. Graf mit seinen beyden Dicasteriis getroffen, mehrfach in facie imperii ejusque summorum tribunalium, ohne von diesen geahndet zu werden, geschehen, wovon nur ein dem kaiserl. Reichskammergerichte ganz in der Nähe vor sich gegangenes Beyspiel anzuführen hinreichend seyn mag, da die 3 Grafschaften Braunfels, Greifenstein und Hungen, der einzigen Regierung von Braunfels unterworfen worden sind.

§. 49.

Es wurde daher in dem unten folgenden Urtheil dem H. Grafen zwar die Anmaßung einer Cabinetsinstanz ernstlich verwiesen, und demselben, sich solcher in Zukunft nach der eigenen, wiewohl überflüssigen und unnöthigen Erklärung seiner Kanzley, bey Vermeidung geschärfter fiskalischen Ahndung zu enthalten, aufgegeben, die vor dem Cabinette ergangene

Sentenz

Sentenz aber nicht eo ipso für nichtig geachtet, so daß solche tanquam ab incompetente lata cassirt und die der vorhergehenden Instanz confirmirt worden wäre, sondern die Prüfung der Hauptsache vor sich genommen, wobey dann vielmehr implicite die der ersten Instanz cassirt, und jene der Cabinetsinstanz confirmirt wurde.

§. 50.

Bey der Prüfung der Hauptsache ist vorderſamst in das Gedächtniß zurück zu rufen, daß die dermaligen Appellanten in der ersten Instanz die Läsions- und Nullitätsklage miteinander cumulirt hatten.

Obgleich die Läsionsklage oder das remedium ex L. 2. C. de rescind. emt. vend. eigentlich ein an sich rechtsbeständiges negotium voraussetzt, und also im Wesentlichen von der aus einer Nullität entstehenden Vindicationsklage verschieden ist, so können doch, wie unter andern Boehmer de Act. Sect. 3. §. 6. ausführet, beyde miteinander cumuliret werden.

§. 51.

Die Appellaten, als Beklagte, drangen vorderſamst auf Cautionsbestellung, in der Hauptsache aber opponirten sie exceptionem deficientis probationis & fundamenti actionis.

Immittels mogten die Kläger fühlen, daß ihnen der Beweis ihrer läsionsklage in Ansehung der Güter zu schwer fallen würde. Sie erklärten daher, daß sie das remedium ex capite laesionis nicht nöthig hätten, und blieben vielmehr allein bey der Nullitätsklage, in deren Gemäßheit sie, praevia editione der Theil- und loßzettel und Annullation des Kaufes, die Beklagte zur Herausgabe der Güter cum fructibus perceptis & percipiendis anzuhalten, dieselbe mit ihren Forderungen hingegen an der Kläger Vater zu verweisen, pcto mobilium aber zur Edition des großelterlichen Hausbuchs und zum Manifestationseyde anzuweisen, baten.

§. 52.

Das darauf erfolgte Urtheil fiel völlig zu Gunsten der Kläger aus, entledigte sie 1) von der Caution, 2) annullirte den Kauf und condemnirte die Beklagten in die Herausgabe der verkauften Güter cum fructibus perceptis & percipiendis, 3) sprach auf die Edition der loßzettel und andere die Erbschaft betreffenden Urkunden und Schriften mittels Eydes, und 4) verfällte die Beklagte in die Kosten.

Wie nun die Beklagte als Appellanten in der zweyten Instanz ihre Beschwerden nur gegen den 2. 3. und 4. Punct des Urtheils richteten, und den Kauf für bestehend zu erklären und sie von der Edition, so wie von den Kosten

sten freyzusprechen baten: so ergiebt sich daraus, daß sie von dem Cautionsbegehren abgestanden, und Kläger mithin von deren Leistung rechtskräftig freygesprochen worden sind, daß demnach dies ein Punct ist, über den das kaiserl. Reichskammergericht nicht mehr zu entscheiden hatte.

§. 53.

In der zweyten Instanz ergieng partim re-, partim confirmatoria; ersteres darin, daß der Kauf fur zu Recht beständig erklärt, das andere aber dadurch, daß es der übrigen Beschwerden halber bey dem ersten Urtheil belassen und die Kosten compensirt wurden, mithin den Beklagten die endliche Edition der Looßzettel und anderer zur Erbschaft gehöriger Papiere und Urkunden auferlegt bliebe.

Die Beklagten fühlten die ihnen dadurch zuwachsende Beschwerde, und baten daher beym H. Grafen, so wie bey der Kanzley, um Declaration des Urtheils in diesem Puncte mit dem Anfügen, daß sie dergleichen nicht besäßen, und also auch nicht ediren könnten.

§. 54.

Ungeachtet sie aber der H. Graf an das kaiserl. Kammergericht verwies; so appellirten sie doch so wenig, als sie der Appellation ihres Gegentheils adhäriren zu wollen erklärten, und das zwar so wenig bey dem Judicio à quo als in Camera, wo sie doch, wenn sie

auch nur hätten adhäriren wollen, nach Vorschrift des J. R. A. §. 73. und C. O. C. P. 3. tit. 39. pr. in primo termino solches hätten erklären, und den Appellationseyd so gut wie Appellanten ablegen müssen.

Dies haben sie aber nicht nur nicht gethan, sondern vielmehr in den Exceptionen auf die adpellantische Behauptung einer Läsion bey der Theilung der Mobilien selbsten erkläret: Daß über die Edition und eidliche Manifestation in der Sententia à qua das erste, ganz nach dem Begehren der Adpellanten sprechende Urtheil confirmiret worden, dieser Punct also abgethan sey.

§. 55.

Es ergiebt sich daher aus allem dem, daß der Punct der Edition und Manifestation so wenig, als der der Caution, mehr ein Gegenstand der Reichskammergerichtlichen Berathung war, sondern es bey diesen, als rechtskräftig entschiedenen Puncten, lediglich bey dem Inhalt der Sententiae à qua belassen werden mußte, und daß also bey dem obersten Reichsrichter nichts mehr zu entscheiden übrig blieb, als die Frage:

Ob der von dem Vater der Adpellanten geschehene Verkauf des mütterlichen, in unbeweglichen Gütern bestandenen, Vermögens seiner Kinder rechtsbeständig sey oder nicht?

§. 56.

§. 56.

Das, was den Appellanten von ihren Großeltern mütterlicher Seits anfiel, gehörte ad peculium adventitium regulare *) welches peculium sich von andern darin unterscheidet, daß der Vater davon zwar lebenslänglich den usumfructum hat, solches aber in der Rege nicht veräußern darf, indem wie L. 1. C. de bon. mat. & mat. gen. sagt:

„ita sint in parentum potestate, ut fruendi habeant in diem vitae facultatem, dominio videlicet eorum ad liberos pertinente.“

§. 57.

Ein Vater ist an sich schon tutor legitimus seiner Kinder, und es braucht ihnen kein besonderer Vormund bestellt zu werden. Allein die Administration des peculii adventitii seiner Kinder stehet ihm nicht qua tutori legitimo, sondern vi patriae potestatis zu, und er ist daher zu nichts von dem, was sonsten tutoribus obliegt, verbunden **). Er schwöret keinen Vormundschafts-Eyd, errichtet kein Inventarium, legt keine Rechnung

---

*) L. 2. C. de bon. & mat. gen.

**) *Cramer* in observat. T. 2. P. 1. obs. 543. u. 560.
Leyser in meditat. spec. 164.

ab. Es fragt also sich blos: In wie ferne kann er veräußern?

§. 58.

Gegen die Veräußerung spricht L. 1. C. de bon. mat. & mat gen.:

„Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere, ita, ut si quando rem alienare voluerint, emtor vel is, cui res donatur, observet, ne unquam partem earum rerum, quas alienare prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans: docere enim pater debet, proprii juris eam rem esse, quam donat aut distrahit & emtori, si velit, fidejussorem licet accipere, quia nullam poterit filiis opponere praescriptionem quandocunque rem suam vindicantibus.“

L. 2. C. ibid. sagt:

„Pater filio filiaeve integra illibataque custodiat, ut vendere, donare, relinquere, alteri obligare non possit, ita, ut quemadmodum ipse super his licentiam totius potestatis amittit.“

Nicht bestimmt spricht die *Nov.* 22. C. 23. 24., indem dieselbe eigentlich von der poena und den Folgen secundarum nuptiarum redet.

§. 59.

Einige Ausnahmen aber macht L. 6. §. 2. C. de bonis, quae lib., welches Gesetz im J. 529., mithin weit später, als die in den Jahren 319 u. 395. promulgirten L. L. 1. 2. C. de bon. mat. publiciret ist, und also als correctoria der letztern angesehen werden kann. Jene Lex ertheilt dem Vater plenissimam rerum potestatem, tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata, mithin nicht si liberorum nomine alienaverit vel hypothecam constituerit.

§. 60.

Noch mehrere Ausnahmen macht L. 8. §. 3. 4. 5. C. de bonis, quae liber. §. 3. worin verordnet ist, daß bey wichtigen Fällen der Vater den Sohn zu Rath ziehen solle, nisi adhuc in prima aetate sit constitutus vel longe absit.

Ferner aber heißt es ibid. §. 4.:

„Sin autem aes alienum ex defuncti persona descendit, cum etiam apud veteres haec esse substantia intelligatur, quae post detractum aes alienum superfederit, habeat pater licentiam ex rebus haereditariis, primum quidem mobilibus, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus sufficientem partem nomine filii venundare, ut illico reddatur aes

 alie-

alienum & non usurarum onere praegravetur. Quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras ex reditibus vel ex substantia sua omni modo dare compelletur."

Wenn legata oder andere onera aus der den Kindern angefallenen Erbschaft zu prästiren sind; so heißt es ferner:

„Siquidem tales reditus sint, qui sufficiunt ad annalia legata, pater ex ejusmodi reditibus hoc dependere compelletur. Sin autem non habeat substantia sufficientem reditum ad legatorum vel fideicommissorum praestationem. Sint tamen res mobiles vel immobiles, steriles quidem, non tamen inutiles, veluti domus in provinciis pretiosae, vel ubicunque posita aedificia suburbana, licentia dabitur patri, sufficientem partem eorum similiter filii nomine vendere & satisfacere legatis.

In §. 5. endlich sagt das Gesetz:

„Sed pater quidem in praedictis tantummodo causis habeat licentiam, res filiorumfamilias vendere filii nomine, vel si emtorem non invenerit, rite pignori supponere, nullo modo licentia concedenda, filiis easdem venditiones vel hypothecas retractare. Non autem licentia parentibus danda, extra memo-

memoratas causas res, quarum dominium apud eorum posteritatem est, alienare vel pignori vel hypothecae titulo dare; sed si hoc fecerint, scituris quod necesse est, eos in legum laqueos incidere, quibus hujusmodi venditiones vel hypothecae sint interdictae; exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae haereditati sunt vel quocunque modo damnosae, quas sine periculo vendere patri cum paterna pietate licet, ut pretium eorum vel in res vel in causas haereditarias procedat, vel filio servetur."

§. 61.

Ein decretum Judicis aber hat der Vater zu der Alienation des Mütterlichen seiner Kinder auf keinen Fall nöthig, welches aus den Worten L. 3. C. quando decreto opus non sit, sehr deutlich folget, wo es heißt:

„Praedium rusticum vel suburbanum a minore XXV annis alienari sine decreto Praesidis, nisi parentis voluntas, vel testatoris, ex cujus bonis ad minorem pervenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest."

Wie dann auch ein decretum Judicis

eine sonst nichtige dergleichen Alienation nicht giltig machen kann, nach der Verordnung L. 11. C. de praed. & aliis reb. min.

„Si vero & interposita decreta venditionem vili pretio ejus possessionis, cujus vires ignorabat, fecit, juxta perpetui edicti authoritatem in integrum restitutio, causa cognita, praebetur.“

§. 62.

Dies sind die hauptsächlichsten gesetzlichen Verordnungen über diese Materie. Um nun auch die Autoren zu hören, so sagt unter andern Mynsinger *), daß darüber, daß ein Vater die mobilia seiner Kinder absque decreto Judicis alieniren könne, kein Streit sey; ob er aber auf gleiche Weise immobilia veräußern dürfe, seye zwar auch von den meisten bejahet; ein einz'ger Salicetus (sagt er) behaupte contra omnium consensum das Gegentheil, indem die Gestattung sich nur auf die affectionem paternam gründen könne, diese aber deswegen kein sicherer Grund sey, weil diese affectio bey dem Vater eines filii emancipati nicht aufhöre, und dieser doch bona emancipati filii absque decreto nicht veräußern dürfe. Diesem Argument (fährt Mynsinger fort) setzten nun zwar andere entgegen, daß ein Vater über die bona filii in ipsius potestate positi mehr Gewalt

*) Cent. 6. Obs. 61.

walt, als über die eines emancipati habe, indem ihm von erstern die Nutznießung zukomme, und er keine Rechnung darüber ablege, welches sich bey dem filio emancipato anders verhalte. Wie indessen in Camera in einer wichtigen Sache diese Frage zur Sprache gekommen: so sey einmüthig concludirt worden, daß ein Vater, nisi urgente aere alieno, immobilia liberorum nicht hingeben dürfe, absque decreto Judicis, indem die Autores nur nach dem Inhalt der Gesetze, die sie allegirten, verstanden werden müßten; wie aber der §. 4. L. 8. C. de bon. quae lib. nur von dem aere alieno rede, und die Autoren denselben zum Grund legten: so sey ihre Meynung nicht ihn auf Alienationes mere spontaneas seu voluntarias auszudehnen.

§. 63.

Eben das ungefähr äußert Gail *):

„Altero casu (bey einem nicht emancipirten Sohn nämlich) cum pater sit legitimus administrator bonorum adventitiorum filii, habeatque in iis usumfructum, potest alienare ob necessitatem etiam nullo interposito decreto, quia non tenetur ei reddere rationem; & nulla obligatio efficax inter patrem & filium in potestate constitutum oriatur.“

Hier-

*) in obs. L. 2. obs. 72. n. 14. seq.

Hiermit stimmt Lauterbach *) überein:

„Alienatio praedictarum rerum, sagt er, regulater patri est interdicta; caeterum si causa alienationis necessaria subsit, vel utilitas filii eandem suadeat, quia res peculii onerosae & damnosae, vel utilitas filii eandem suadeat, vel propter aes alienum, patri etiam res adventitias immobiles sine magistratus decreto, rite tamen vel secundum ordinem in LL. praescriptum alienare potest, & ita in Camera imperiali, teste Mynsingero & Gailio, conclusum est."

In seinem compendio hatte er ungefähr das nämliche gesagt, da setzt dann in Mollenbeck explanatione compendii Schulzeo-Lauterbachiani ex notis varior. L. 15. T. 1. not. 68. Stryck hinzu:

„Alienatio vero nudo usufructuario nunquam licet, adeo, ut contra alienationem filius res vindicare possit, nulla temporali praescriptione obstante."

Und Mencken not. 70.

„Tutissime tamen hoc casu adhibetur decretum judicis, quando filius minor est, & si major, ejusdem consensus."

§. 64.

---

*) Coll. theor. pract. L. 15. T. 1. §. 23.

§. 64.

Von der Alienation des peculii aduentitii handelt *Leyser* in meditat. toto spec. 165. In der Medit. 2. bemerkt er:

„inter causas alienandi potissima est aes alienum, non omne tamen, ut credere videtur vulgus DD. sed illud saltem, quod ab eo, cujus bona illa olim fuerint, profectum est: Ita clarissime Justinianus in L. 8. §. 4. E. de bonis quae lib. Ergo aes alienum ipsius patris non sufficit, quamvis urgentissimum. Nam si hoc sufficeret, posset pater prohibitionem legis semper eludere, & conflato pro lubitu aere alieno, necessariam alienandi causam quandocunque facere.“

In der Medit 6. aber führt er aus, daß es nicht genug sey, die gesetzliche Ursachen der Veräußerung zu allegiren, sondern, daß sie auch bewiesen werden müßten, und daß hier der Versicherung des Vaters selbst allein so wenig, als bey der Exhaereditation geglaubet werde.

In der Medit. 9. endlich behauptet er, daß ein Decretum Magistratus niemalen in diesem Falle nöthig seye.

„Cum leges (sagt er) hanc necessitatem patri non imponant, nos quoque ipsum ea onerare non debemus.“

Der

Der nämlichen Meynung ist Struben *), der jedoch hinzusetzt, daß das Kammergericht anderer Meynung sey, und bey jeder Veräußerung, wenn sie nicht um Schulden zu bezahlen geschähe, ein decretum Judicis erfordere.

§. 65.

Hingegen behauptet *Cramer* **) in Beziehung auf den L. 8. §. 5. C. de bon. quae liber.

„competere patri alienandi licentiam ob alimenta liberorum & solam utilitatem, aut si quaedam bona onerosa fuerint, aut ob aliam justam causam, neque opus esse ulla solemnitate, imo ne quidem decreto magistratus."

Kreitmayer ***) endlich will:

„Daß man sich, falls der Vater selbst als tutor legitimus alienirer, wegen der guten Präsumtion, welche der Vater für sich habe, weder mit der Confirmation, noch Cognition so genau, wie bey andern Vormündern bezeige."

§. 66.

Vorzüglich würde nun immer in der hier vorliegenden Sache das jus statutarium Solmense

---

*) Rechl. Bed. Th. 2. Bed. 103. 385.
**) in observat. T. 4. obs. 1208. p. 624.
***) T. 1. c. 7. §. 13. n. 6. p. 223.

mense entscheiden, wenn solches darüber eine deutliche Verordnung enthielte. Beyde Theile berufen sich darauf, und es muß daher um so genauer untersucht werden.

Das solmsische Landrecht P. 2. tit. 28. verordnet:

„Wären aber eheliche Kinder, so sie, beyde Eheleute, miteinander erzeugt hätten, vorhanden, alsdann sollen denselben die liegende väterliche und mütterliche Güter zum Eigenthum gänzlich, und die fahrende Haab zum halben Theil auch eigenthümlich, und der andere halbe Theil dem letztlebenden anererbt und verfallen seyn, doch dem letztlebenden seinen Beysaß an beyden solchen Gütern sein Leben lang vorbehalten, dagegen er auch die Kinder zu Gottesfurcht auferziehen und mit aller Nothdurft versehen, auch die Schulden, so in stehender Ehe gemacht, bezahlen solle."

Der folgende § setzt hinzu:

„Doch soll dem letztlebenden frey und bevorstehen, da er die Schulden zu bezahlen sich beschwehrt befände, daß er auf den Beysaß und die Hälfte der fahrenden Haab verzeihen möge, welches aber vor Schultheis und Schöffen gerichtlich auch in Monatsfrist oder zum längsten 6 Wochen geschehen soll, alsdann ist der letztlebend an den Schulden weiter nicht, dann den halben

Theil

Theil an denen, so er machen helfen, zu bezahlen schuldig, die übrigen Schulden aber sollen die Eigenthums-Erben bezahlen."

In Ansehung der Kaufhändel über liegende Güter überhaupt schreibt das solmsische Landrecht P. 2. tit. 11. §. wir verordnen ꝛc. vor:

„Daß hinführo alle Verkäufe und Käufe über liegende Güter, um gleiches Behalts, auch mehrerer Beständigkeit willen an einen jeden Ort, da sie geschehen, in das Contract- und Scheffenbuch, mit Vermeldung, in welchem Jahre, Monat und Tag, von welchen Personen, um was Kaufgeld, auch wie die Güter heißen, wo sie gelegen, ob sie frey, eigen oder mit Zinsen und sonst auch, wie hoch beschwehrt seyn, und in Summa in aller Maaße, wie der Verkauf und Kauf abgeredt und geschehen, eigentlich eingeschrieben werden sollen."

§. 67.

Wie es sich aber nun schon von selbst verstehet, daß, wo dieses Landrecht nichts entscheidet, alsdann auf das gemeine Recht zurückgegangen werden müsse; so verordnen solches die Errichter desselben annoch ausdrücklich, da sie in Prooemio sagen:

„Es ist auch unser Will und Meynung, da sich einiger Fall, der in gegenwärtiger unser

ser Ordnung nicht begriffen, künftiglich begeben und zutragen würde, daß derselbig nicht den obberührten alten uud aufgehebten Gewohnheiten und Bräuchen, sondern, den allgemeinen beschriebenen kaiserlichen Rechten und Constitutionen nach, geurtheilt, decidirt und gericht soll werden."

§. 68.

Nach allem diesem aus dem eben ausgezogenen Statuto, den gemeinen Rechten und allegirten Rechtslehrern An- und Ausgeführten ist demnach in thesi dafür zu halten:

1) Daß das Solmsische Landrecht über die Frage, wann und wie fern ein Vater von dem unbeweglichen Vermögen seiner Kinder etwas zu veräußern befugt sey, in specie nichts verordne, vielmehr es also bey der Vorschrift der gemeinen Rechte in diesem Stücke lediglich belasse; Indessen aber doch

2) dem Vater den lebenslänglichen Niesbrauch an dergleichen Gütern und das Eigenthum des halben Theils der fahrenden Habe belasse, und

3) denselben, wenn er nicht in fortgesetzter Zeit auf den Beysitz und seinen Theil der fahrenden Habe entsagt hat, zu Bezahlung aller, währender Ehe, contrahirten Schulden verbinde; daß auch

4) nach dem Statute beym Verkaufe liegender Güter überhaupt ein Kaufbrief nicht durchaus nöthig, sondern die Eintragung in das Contractenbuch hinreichend seye.

Nach dem in subsidium hier eintretenden gemeinen Rechte ist aber

5) dafür zu halten, daß ein Vater, als legitimus administrator bonorum liberorum überhaupt, und als usufructuarius adventitiorum insonderheit, in keinem Falle ein decretum Judicis zu einer Veräußerung brauche, gleichwohl ihm aber

6) in regula die Macht, der Art Güter zu veräußern, nicht zustehe, vielmehr die Kinder dieselbe à quocunque possessore vindiciren können, wenn nicht

7) die Veräußerung zu Bezahlung von Schulden, welche den Kindern zur Last liegen, zu ihrer Erhaltung oder aus der Ursache geschehen, quia bona fuerint damnosa, infructuosa vel quocunque modo onerosa, und dieses

8) von dem Vater oder dem, der sie herausgeben soll, genüglich erwiesen ist.

§. 69.

Diesemnach ist nun, in wie weit sich diese eben ausgeworfene generelle Sätze auf den vorliegenden Fall anwenden lassen, zu untersuchen.

Auf die Verschiedenheit der Angabe des Gehalts der Güter kömmt es, da von keiner Läsion, sondern von der Giltigkeit des Geschäftes überhaupt die Frage ist, hier so wenig, als auf das Kauf=pretium an.

Alles beruht auf der Frage: ob der Vater der Appellanten hinreichende Ursachen zum Verkauf gehabt habe?

§. 70.

Die währender Ehe contrahirten Schulden, die durch den Verkauf abgetragen worden

den, rechtfertigen den Handel nicht, wenn auch die Mutter Theil an jenen Schulden gehabt hätte, da nach der klaren Vorschrift des solmsischen angeführten Landrechts der letztlebende Vater dieselbe, in Rücksicht auf seinen Besitz und seinen halben Theil an der fahrenden Haabe allein zu bezahlen schuldig war.

Außerdem ist nicht einmal behauptet, vielweniger bewiesen worden, daß der Appellanten Vater sich seines Beysitzes und Antheils an der fahrenden Haabe begeben hätte, in welchem Falle auch derselbe die Befugniß, die die Gesetze dem Vater als legitimo administratori & usufructuario bonorum liberorum beylegen, verlohren, und nicht absque decreto würde haben veräußern können.

Ob das Geld, wodurch diese Schulden contrahirt worden, in Rücksicht bloß auf die Mutter oder die Kinder vorgeliehen sey, macht keinen Unterschied, da das Statutum hierin keinen Unterschied aufstellt.

Sollte aber dem ungeachtet der Kauf für rechtsbeständig erachtet werden; so war der Appellanten Vater nicht berechtiget, seinen Kindern den Betrag der Schulden, von dem Kauf-pretio zu entziehen, vielmehr muß er das diesfalls abgezogene den Kindern ersetzen und allein tragen, die dieserwegen eine gegründete Ansprache an denselben haben.

§. 71.

Ob es aber den Appellanten schädlich gewesen seyn würde, wenn sie die mütterlichen

Güter behalten hätten? Ob sie ihnen nicht, um mit den Gesetzen zu reden, infructuosa vel alio quovis modo onerosa gewesen seyn würden? ist eine andere Frage.

Es ist an sich schon begreiflich, daß Güter, die an einem entfernten Ort liegen, die der Eigenthümer nicht selbst bauen kann, sondern andern anvertrauen muß, nicht so vortheilhaft seyn können, als solche Güter, die er unter seinen Augen hat. Diesen Grund der Entfernung führt daher der oben allegirte L. 8. §. 4. Cod. de bonis, quae liber. mit den Worten: *Domus in provinciis, & praedia suburbana*, ausdrücklich an.

§. 72.

Es ist wohl nicht einmal nöthig, die adpellatischer Seits aufgestellte Berechnung über den Ertrag der verkauften Güter, wenn Adpellanten sie hätten verpachten wollen, als ganz richtig anzunehmen.

Ohne das ist schon leicht zu denken, daß sie für gewöhnliche, allen Lasten unterworfene Bauerngüter, auf denen noch die Beschwerde des großmütterlichen Auszugs lag, um so weniger von Fremden, als von ihren Verwandten würden bekommen haben, als sie in der Nothwendigkeit waren, sie zu verpachten, wovon gewiß jeder zu profitiren gesucht haben würde.

Nicht leicht ein anderer konnte auch so viel dafür geben, als die Verwandten, da sie keinem so bequem als diesen lagen, mit deren Gütern sie vorhin ein Ganzes ausgemacht hatten, unter denen

nen sie vermischt lagen, von denen sie also mit weit weniger Beschwerde und Kosten, als von jedem andern, gebauet werden konnten.

Selbst auch die adpellatische Berechnung gewinnt dadurch an Wahrscheinlichkeit, daß derselben von den Adpellanten keine andere entgegen gesetzt worden ist.

§. 73.

Adpellatischer Seits ist zugleich auch behauptet worden, daß die außer Land wohnenden Adpellanten nicht einmal Güter zu Soedel hätten besitzen können, und dies ist von letztern nicht widerlegt worden. Sie sagen nur blos, daß in der Folge einer von ihnen hätte dahin ziehen können.

Allein das ging doch wenigstens damals, wo sie noch alle im geringen Alter waren, nicht an, und auf der andern Seite würde es gewiß noch weniger vortheilhaft für sie gewesen seyn, wenn ihr Vater seine Mühle zu Holtzhausen hätte weggeben, bloß der 9 oder 10 Morgen wegen nach Soedel ziehen, und mit vielen mit einer solchen Veränderung nothwendig verbundenen Kosten jene Güter hätte antreten wollen, wozu, um einen zur Nahrung hinlänglichen Ackerbau herauszubringen, noch mehrere Felder hätten gekauft und ein Haus und Wirthschaftsgebäude angeschaft werden müssen, welches alles die Adpellaten, da sie es schon hatten, nicht brauchten.

§. 74.

Ohne Zweifel würden auch diese, Ausländern angefallene, Güter, von jedem Söde-

ker haben retrahirt werden können, und außerdem läßt sich auch sagen, daß sie von den Adpellanten nicht hätten besessen werden können. Würden sie sie aber an andere haben verkaufen wollen: so würden die Adpellaten ex vicinitate oder consanguinitate zum Retract berechtigt gewesen seyn; wie dann im Solmsischen Landrecht p. 2. t. 12. §. erstlich ꝛc. der retractus consanguinitatis wirklich festgesetzt ist.

§. 75.

Nach allem dem läßt sich nicht nur der aus der Veräußerung für die Adpellanten entsprungene Nutzen, sondern sogar die Nothwendigkeit derselben folgern, welches dadurch noch mehr bestärkt wird, daß der adpellantische Vater die mit seiner Frau zum Heurathsgut erhaltene Aecker, welche 11 Morgen betrugen, für 750 fl. ebenfalls unwidersprochener maßen verkauft hat. (vid. oben §. 11.)

§. 76.

Freylich aber würde der Vortheil der Adpellanten bey dem Verkaufe alsdann verschwinden, wenn ihr Vater die Güter verschläudert hätte. Diesem stehet aber schon das entgegen, daß sie die anfangs angestellte Läsionsklage wiederum fahren lassen, mithin sich nicht müssen getraut haben, mit dem erfoderlichen Beweise der Läsion aufzukommen.

Das Angeben, daß die verkauften Aecker auf 1800 fl. geschätzt, und von einem andern 1400 fl. dafür geboten worden seyen, haben Adpellanten mit nichts bescheinigt, und da sie das dar-

auf

auf gebaute Fundament ihrer Läsionsklage selbst aufgegeben, nicht zu beweisen vermogt.

Dagegen haben Adpellaten bescheinigt, daß unter vielen Kaufhändeln, die um die nemliche Zeit geschehen, wo die in Frage stehende Aecker verkauft worden, der höchste Preis eines Morgens 100 fl. und alle übrigen ungleich geringer gewesen seyen.

§. 77.

Nimmt man aber auch den höchsten Preis, so waren 900 fl. für 10 und ¾ Morgen (selbst die Rechnung der Adpellanten angenommen, die aber von den Adpellaten widersprochen wird; vid. §. 12 u. 13.) für ihren Antheil an den wenigen Schaafen und an dem Nachtpferchrecht, bey dem darauf haftenden und noch so viele Jahre in der Folge gedauerten großmütterlichen Auszug, ein sehr vortheilhafter Preiß, wodurch den Adpellanten sicher kein Schaden zugefügt, vielmehr ihr Vortheil und Nutzen offenbar befördert worden ist. Vergleicht man diesen Preis mit jenem, um welchen ihr Vater die zum Heurathsgut erhaltnen Aecker verkaufte; so erhellet solches noch mehr (§. 11). Das waren 11 Morgen und die gab er für 750. fl. weg, da er doch, nach dem vorliegenden Kauf, wo nicht 350, doch 170 fl. mehr davor hätte bekommen sollen.

Wenn man aber auch annehmen wollte, daß seitdem die Güter im Preise gestiegen wären: so dürfte doch wenigstens so viel daraus

folgen, daß also nach eben diesem Verhältniß die befragten Aecker theuer genug verkauft wären.

§. 78.

Das Angeben der Appellanten, daß ihr Vater von den Appellaten zum Verkaufe inducirt und mit jemand andern davon zu reden gehindert worden sey, ist so wenig bescheinigt, als auch die diesem entgegengesetzte Behauptung der Appellaten, daß er die Aecker jedermann feil geboten, daß sie niemand haben wollen, daß er selbst anfangs nur 1100, dann 1000 fl. gefodert und sie dringend gebeten hätte, solche an sich zu kaufen, mit nichts bescheinigt ist. Beyderley diese Angaben können also auf ihrem Werth oder Unwerth beruhen bleiben.

Die Behauptung der Appellaten aber, daß der Appellanten Vater einen Assistenten zum Verkaufsgeschäfte mitgebracht habe, ist im Verfolge der Sache nicht mehr widersprochen worden.

§. 79.

Daraus, daß der Appellanten Vater selbst den Verkauf gerichtlich (vid. §. 16.) angezeigt, und um das Einschreiben desselben ins Contractenbuch nachgesucht hat, folgt wenigstens, daß das Geschäft mit seinem guten Willen vorgegangen ist.

Es geschah auch in Gegenwart der appellantischen Großmutter, die wenigstens als gleich gut gesinnt für ihre Enkel und Kinder anzunehmen ist, von der man also nicht vermuthen kann, daß sie etwas ihren Enkeln, den Kindern ihrer Tochter, die sie vorher so

sehr

sehr unterstützt hatte, Nachtheiliges zugegeben haben würde.

Selbst für die Appellaten streitet die Vermuthung, daß sie ihrer Schwester Kinder Beßtes bedacht, und mehr so gegeben haben mögten, als jeder andere gethan haben würde, weil sie es nach der Lage der Güter, und da sie so wenig eine neue Hofraithe, als besonderes Schiff und Geschirr brauchten, besser konnten.

§. 80.

Durch alle diese Vermuthungen wird wenigstens die, welche für die affectionem paternam ohnehin gesetzlich streitet, bis zur Gewißheit erhoben.

Bey dieser Präsumtion, und um nicht der pietati filiali zu nahe zu treten, lag den Appellanten als Klägern ob, die Schädlichkeit des Verkaufes zu beweisen, dieses haben sie aber auf keine Weise zu thun vermogt.

§. 81.

Allerdings ist aber auch erfoderlich, daß das aus einem dergleichen bono adventitio erlößte Geld zum Nutzen der Kinder verwendet und nicht durchgebracht werde.

Daß dieses letztere geschehen, haben Appellanten nicht einmal zu sagen getraut, vielmehr haben sie die Behauptung der Exceptionen, daß solches zu Verbesserung der Güter der Appellanten, und so gut verwendet worden sey, daß ihr Vater ihnen die vorher verschuldete Mühle nunmehro frey habe übergeben können, nicht widersprochen. Es ist also auch an der versione in rem kein Mangel vorzufinden.

§. 82.

Es sind zwar die von den Eltern der Adpellanten contrahirte Schulden, als kein Grund für die Giltigkeit des Kaufes anzunehmen, wovon oben §. 70 schon Erwähnung geschehen ist. Immittels ergiebt sich doch so viel, daß sie nicht in den besten Umständen waren, welches auch durch den Ausdruck, der in einem der Schuldscheine vorkommt, daß ihnen der adpellatische Vater in ihren Nöthen Geld vorgestreckt habe, bestätigt wird.

Durch das von dem Vater und den ältesten Adpellanten selbst fortgesetzte und auf den Rückstand des Kaufschillings versicherte Geldborgen wird diese Vermuthung vermehrt, und dadurch wahrscheinlich, daß der Adpellanten Vater seine Kinder, ohne ihr Vermögen anzugreifen, nicht würde haben ernähren können, mithin in dem Fall gewesen sey, wo eine wahre necessitas den von ihm vorgenommenen Verkauf rechtfertigte.

§. 83.

Daß der Kauf nicht endlich obrigkeitlich bestätiget und kein Kaufbrief darüber gefertiget worden sey (wie Adpellanten eingewandt haben) macht deswegen nichts zur Sache, weil solches nach dem oben allegirten passu aus dem Solmsischen Landrecht nicht nöthig, vielmehr genug ist, wenn ein Contract über liegende Güter in das Contracten- und Scheffenbuch eingetragen wird. Daß aber dieses geschehen, ist adpellatischer Seits bescheinigt, und von dem adpellantischen Theil nicht widersprochen worden.

§. 84.

§. 84.

Was übrigens die Mobiliarvertheilung nach der beyderseitigen resp. Großmutter und Mutter Tode betrift, worüber in den Voracten so viel gehandelt worden ist, hiervon konnte in der Reichskammergerichtlichen Instanz nicht mehr die Rede seyn, weil alles, was sich darauf in den vorigen Urtheilen beziehet, in die Rechtskraft gegangen und durch keine Berufung der Appellaten ad cameram devolvirt war, wovon so wie auch von den übrigen gleichfalls wegfallenden Puncten oben §. 52 bis 54 schon umständlicher gehandelt worden ist.

§. 85.

Der einzige in der Hauptsache zu entscheidende Punct, die Giltigkeit nemlich des bestrittenen Kaufes, war demnach nach der ganzen bisherigen Ausführung dahin zu erörtern: daß der von dem Vater der Appellanten geschehene Verkauf ihrer mütterlichen Güter zu Recht beständig, mithin die Sententia à qua, compensatis tamen expensis, weil die Sache so nahe Verwandte betrift, und jeder Theil ein Urtheil für sich hat, also keinem eine temeritas litigandi vorgeworfen werden kann, zu confirmiren sey.

§. 86.

Das dieses enthaltende Urtheil wurde aber wegen dem oben vorgekommenen Umstande der Cabinetsinstanz, nicht in der gewöhnlichen Form einer confirmatoriae, sondern mit Wiederholung der materialium dahin erlassen, wie solches hier in extenso folgt: *Sen-*

Sententia publ. 5. Dec. 1788.

In Sachen Heinrich Appel und dessen Geschwister Appellanten eines; wider ihrer verstorbenen Mutter Bruder Joh. Heinrich Henzel, Joh. Henzel and Conrad Kellers Ehefrau, gebohrne Henzelin, Appellaten andern theils: ist appellatischer Seits die Sache von Amtswegen für beschlossen angenommen, den H. Grafen von Solms: sich aber die Reichsconstitutionswidrige Anmaßung einer Cabinetsinstanz ernstlich ver: und derselbe sich, nach der wiewohl unnöthigen und überflüssigen in |27| enthaltenen Erklärung seiner Kanzley, derselben, bey Vermeidung fiskalischer Ahndung, in Zukunft zu enthalten angewiesen; darauf allem An- und Vorbringen, auch der Sache besondern bewandten Umständen nach, zu Recht erkannt: daß der zwischen Appellanten Vater über derselben mütterliche Grundstücke mit Appellaten geschlossene Kauf zu Recht beständig, Appellaten dahero in Ansehung dieses Punctes von der wider sie erhobenen Klage zu absolviren und entbinden seyen. Als wir hiermit anweisen, erkennen, absolviren und entbinden, die Gerichtskosten an diesem kaiserl. Kammergericht derentwegen aufgeloffen, aus besondern bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend. Dann ist gegen Dr. Sipmann, um willen er den vorliegenden Gesetzen zuwider, das Appellationsinstrument nicht auf Pergament reproduciret, die Strafe der Ordnung vorbehalten.

Ende des dritten Theils.

Verzeichniß

der in diesem dritten Theile enthaltenen Rechtsfälle und Ausführungen.

Erster Rechtsfall,

über die Lehre von Fideicommissi tacitis. S. 2.

Zweyter Rechtsfall,

über die Solemnien bey den Adpellationen, in specie aus dem Herzogthum Braunschweig-Wolfenbüttel, welche von dem kaiserl. Reichskammergerichte in der Art nicht für gültig angesehen werden, wie sie in der Wolfenbüttelschen Hofgerichtsordnung vorgeschrieben sind. S. 47.

Drit-

Dritter Rechtsfall,

Actio ex Lege Aquilia, oder eine Entschädigungs- und Satisfactionsklage gegen den Richter, der in seinem Verfahren excedirt. S. 86.

Vierter Rechtsfall,

über die Cabinetsinstanzen, und über die Frage: In wie ferne dem Vater das Recht zustehe, das mütterliche Vermögen seiner Kinder oder ihr Peculium adventitium zu veräußern ꝛc. S. 155.

Verzeichnis

der hauptsächlichsten, im vorhergehenden zweyten Theile vorkommenden Druckfehler.

S.	Z.	Druckf.	Verbesserung.
4	15	K.	R.
9	23	nach: statt	add. daß man
ibid.	24	wollen	wollte
11	11	unabläßliche	unablößliche
16	8	K.	R.
ibid.	24	diesen	diesem
18	10	die	der
ibid.	penult.	lit.	tit.
30	penult.	sicher	solcher
32	3	mußten	mußte
36	22	nach: können	add. die
38	20	auf	auch
ibid.	22	sey	seyen;
47	10	It.	Id.
51	20	nach: experientia	add. (;)
54	penult.	Wie	Wer
68	19	conclusa	clausula
70	10	vorkommen	verkommen
72	6	ziehe	zieht
73	ult.	derogatur	derogetur.
83	2	nur	um
86	antepenult.	nichtig	richtig
87	19	hätten	hätte
92	16	können	könne
100	15	nach: kann	add. nun
ibid.	16	betrachte	betrachtet
104	3	nach: Gerichtsbarkeit	del. (,)
112	15	seit	Zeit
128	17	Sail	Gail

S.	Z.	Druckf.	Verbesserung.
145	20	behauptete	behauptet
146	10	relevir	relevire
167	21	nach: seye,	add. und
172	1	nach: Grundsätze	add. nun
179	19	nach: seyn?	add. Sie
200	11	seyn	sey
207	3	urtheilen	ertheilen
211	7	gehören	gehöre
ibid.	11	Schultheiß	Schultheißeneid
ibid.	13	nach: 30)	add. der
ibid.	20	setzte	setze
215	3	der	den
217	2	T.	F.
221	antepenult.	nach: daß	add. der
ibid.	penult.	der	del.
222	14	des	der
224	10	nur	nun
225	16	süß	sonst
234	20	gehe	gehen
236	17	könnte	konnte
237	1	die	das
241	antepenult.	nach: C.	add. de
248	7	liquida	liquido
250	19	222	322
256	8	nach: pecuniam	add. S.
258	1	111	1211
259	8	sie	sey
ibid.	18	Rechtmäßigkeit	Unrechtmäßigkeit
266	7	domino	dominio
ibid.	9	übergebene	übergeben
276	14	unerheblich	erheblich
280	18	aber	del.
286	25	daß	da
289	20	wird	ward
290	5	1668	1768
295	21	des	dessen

Sodann in dem Inhalte S. 4. Z. 5. nach: Kammergericht add. nicht.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hoscher, Johann Melchior, 1764-1809

Sammlung merkwürdiger, am kaiserlichen Reichskammergerichte entschiedener Rechtsfälle mit ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen

Bd.: 3

Lemgo (1791)

Bibl.Mont. 5060-3/4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726403-9
VD18 80264484-001